

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LETÍCIA REGINA CAMARGO KREUZ

CRIME E PECADO

**O aborto sob os véus da religiosidade, da moralidade, da juridicidade e do
feminismo**

CURITIBA

2016

LETÍCIA REGINA CAMARGO KREUZ

CRIME E PECADO

O aborto sob os véus da religiosidade, da moralidade, da juridicidade e do
feminismo

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em
Direito do Estado, ao Programa de Pós-
graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Eneida Desiree
Salgado

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

LETICIA REGINA CAMARGO KREUZ

CRIME E PECADO:

O ABORTO SOB OS VÉUS DA RELIGIOSIDADE, DA MORALIDADE, DA JURIDICIDADE E DO FEMINISMO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

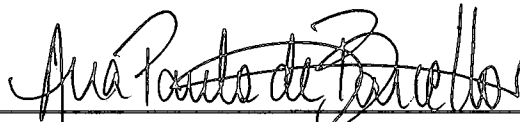
Orientadora:



Prof.ª Dr.ª Eneida Desiree Salgado

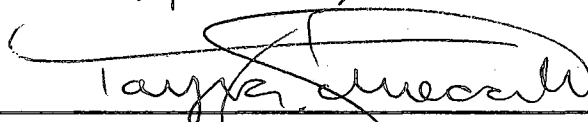
Universidade Federal do Paraná

Membros:



Prof.ª Dr.ª Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos

Universidade Estadual do Rio de Janeiro



Prof.ª Dr.ª Taysa Schiocchet

Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 07 de março de 2016.

*“Eu não serei livre enquanto houver
mulheres que não são, mesmo que
suas algemas sejam muito
diferentes das minhas.”*

*Audre Lorde (escritora caribenha,
feminista radical, ativista na luta por
direitos humanos)*

*Dedico esta pesquisa a todas as
mulheres que perderam suas vidas
em razão de abortos ilegais e
também a todas as que se tornaram
clandestinas, ricas e pobres, que
recorreram à criminalidade para ter
sua escolha respeitada.*

AGRADECIMENTOS

Se cheguei até aqui, vinte e quatro meses após o ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, não caminhei sozinha. O tempo de Mestrado é curto para todos os planos elaborados. Entre idas e vindas, retas e curvas, incontáveis mudanças, aproveito a oportunidade para agradecer as pessoas que participaram comigo dessa jornada tão preciosa.

À minha orientadora, Professora Doutora Eneida Desiree Salgado, que me inspira desde o primeiro ano de Graduação, em 2008. Desempenhou seu papel com maestria, como lhe é característico. Da seriedade à amizade, tenho orgulho em dizer que pude partilhar com ela essa estrada. Orientadora mais presente não há.

Às professoras que gentilmente aceitaram o convite para esta banca: Professora Doutora Ana Paula de Barcellos e Professora Doutora Taysa Schiocchet. Sinto-me agraciada em poder ser arguida por dois grandes nomes do direito brasileiro. Nos desafiamos, a professora Desiree e eu, a formar uma banca composta apenas por mulheres para debater um tema que nos diz respeito. Além de ser simbólico esse momento, é de extrema alegria que tenhamos tantos nomes femininos de destaque no direito brasileiro.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná; aos servidores: Vanessa, Luiz Antônio, Mauro, Ana Maria e Marcio. A todos os professores que fazem parte desta casa, a quem estendo meus agradecimentos na figura do Coordenador do PPGD, Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira, e da Vice Coordenadora, Prof.^a Dr.^a Ana Carla Harmatiuk Matos.

Às Católicas pelo Direito de Decidir, pelo convite em participar do grupo e por todo o material de apoio, a quem agradeço no nome de uma de suas fundadoras, Maria José Rosado-Nunes.

Aos amigos que partilharam as angústias e alegrias desse percurso: Eduardo Borges, Saulo Pivetta e Lucas Chinen Machado.

Ao amigo e mestre, Daniel Wunder Hachem, pela inspiração que representa a todos os jovens estudantes do direito, dado seu brilhantismo como professor e orientador.

À Elaine e ao Emerson, prometo pagar em breve a conta no xérox.

À minha família, pelo apoio e compreensão: minha mãe, Silvia; meu pai, Artemio; minha irmã, Julia; meu irmão, Leonardo; minhas cunhadas, Rayssa e Larissa; minha família do coração, Sandra e Caroline. Nada seria possível sem vocês. E também ao meu querido primo e colega, Jairo Junior. É uma felicidade partilhar esse momento com quem está sempre ao meu lado e que, mesmo quando eu já perdi a esperança, segue acreditando no meu sucesso.

Ao meu noivo, Renato, por tudo que se pode esperar de um companheiro, pela dedicação e por abrir mão de seu tempo para que eu pudesse ter tranquilidade. Sem amor, eu nada seria.

Agradeço, de modo simbólico, a três seres que jamais saberão o que isso significa, mas que entendem de companheirismo e carinho como ninguém e que participaram (passivamente) de toda a construção dessa pesquisa. Champion, Luke e Nenê, meus "filhos" caninos, que definem o que é o amor e acalmam a ansiedade que tenho em tantos momentos. Demonstrar minha gratidão nesse caso é mais relevante para mim que para eles.

Por fim, não por menor relevância, agradeço a todas as mulheres que inspiram minha vida e minha trajetória acadêmica, que me ensinam diariamente o que significa sororidade, companheirismo e amizade, cada uma à sua maneira, com a sua beleza e força. Meu agradecimento a todas elas: à minha mãe, Silvia Kreuz; à minha irmã, Julia Kreuz; às minhas cunhadas, Rayssa e Larissa; à minha "mãe" Dada (sei que reincido no agradecimento, mas apenas por ser deveras devido); às minhas avós, Rute Camargo e Maria Terezinha Kreuz, cada uma com a sua sabedoria e seu amor; às minhas madrinhas, Márcia Regina Pinto Neto e Patrícia Kellen de Oliveira Camargo; às minhas tias, Leani Kreuz, Marise Kreuz Silva, Roseli Kreuz Bertuol e Carlota Camargo; às irmãs que a Universidade Federal do Paraná me deu, Thayse Fedalto, Camila Scorsim e Janaína Bonatto; às amigas, Larissa Alfaro, Isabela Rissio, Luísa Rodrigues, Angélica Locatelli, Bruna Fukuyama e Tamira Martins, que desde 2008 dividem comigo proveitosas discussões sobre o feminismo e a igualdade; às mulheres que partilharam algumas das primeiras conversas sobre o tema explorado nessa pesquisa, em um dia qualquer em minha casa, e me fizeram perceber que valia a pena insistir no debate: Paula Goulart, Marcia Goulart e Rose Schmidt; a todas as mestrandas e dotorandas do Programa de Pós-Graduação em Direito da

UFPR, pelo desafio de adentrar em um espaço por tanto tempo visto como “masculino” e lutar diariamente para fazê-lo cada dia mais igualitário.

Aos que esqueci, não por falta de afeto, sintam-se agradecidos e incluídos, a memória já me trai a essa altura.

Letícia.

RESUMO

A proibição ao aborto é uma forma de dominação do corpo feminino e deriva de elementos religiosos, da ideia de pecado, da noção de sacralidade da vida humana, traduzida na defesa do direito ao nascimento e da proteção do nascituro enquanto argumentos jurídicos. O controle do corpo da mulher é também um produto do patriarcado, a forma de dominação da mulher pela figura masculina. O movimento feminista se ocupa, desde seu início, da luta por direitos sexuais e reprodutivos, com mais ênfase no tema a partir da década de 1960. O aborto é um crime no Brasil, previsto no Código Penal, nos art. 124 e seguintes e punido com detenção. No entanto, a tipificação não tem efetividade, uma vez que não há grandes números de condenações baseadas na prática. A criminalização leva as mulheres que recorrem ao aborto à clandestinidade, coloca em risco saúde e vida, além de haver a possibilidade de persecução penal. O objetivo da presente pesquisa é examinar os argumentos sobre o tratamento jurídico do aborto em algumas de suas facetas: a) inicialmente, versará sobre os estereótipos femininos no cristianismo, contraponto o modelo da mulher “santa” à “pecadora”; tratará dos reflexos da submissão feminina na filosofia e o início de uma nova linguagem sobre a mulher, com o rompimento com a lógica de dominação; passará para as reivindicações feministas quanto a direitos sexuais e reprodutivos até alcançar as defesas morais do aborto; b) a segunda parte objetiva tratar da realidade brasileira, partindo da laicidade do Estado e da influência religiosa na política desde a Assembleia Nacional Constituinte, passando pela presença do movimento feminista na reivindicação de liberdade e autonomia sobre o próprio corpo e alcançando as propostas legislativas relacionadas ao aborto; abordará, ainda nesse espectro, da decisão da Suprema Corte estadunidense em *Roe v. Wade*, caso que resultou na descriminalização do aborto no país; c) a parte final da pesquisa abordará as decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram de temas correlatos ao aborto, bem como das audiências públicas que informaram as decisões. Os casos analisados serão a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que questionou a constitucionalidade da Lei n. 11.105/05 quanto ao uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que tratou sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. A abordagem do conceito de razões públicas, notadamente relacionado aos argumentos religiosos que adentram ao debate, também será feita nesse ponto. O objetivo final é demonstrar a defasagem na legislação brasileira, que não pune e não coíbe a prática, mas impede que a mulher possa exercer com liberdade e segurança a totalidade de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Palavras-chave: aborto; feminismo; mulher; religião; direitos sexuais e reprodutivos; direitos fundamentais; gênero.

ABSTRACT

The prohibition on abortion is a way of dominating the woman's body and it derives from religious elements, the idea of sin, the notion of sacredness of human life, all translated into the defense of the right of being born and the protection of the unborn child as juridical arguments. The control of the woman's body is also a product of patriarchy, the form of woman's domination by the masculine figure. The feminist movement works, since its beginning, on the acquisition of sexual and reproductive rights, with emphasis on this theme since the 1960's. Abortion is a crime in Brazil, referred in the Penal Code, on articles 124 and following and punished by detention. However, this provision has no effectiveness, since there are so few convictions based on this action. The criminalization leads women that want to abort to underground clinics, putting their health and lives in danger, besides the potential risk of criminal prosecution. The objective of this research is to examine the arguments on the juridical treatment of abortion in some of its sides: a) initially, it will verse about the Christianity's female stereotypes, opposing the models of "saint" and "sinner" given to women; will address the reflections of woman's submission on philosophy and the beginning of a new way of thinking about women, with a rupture with the logic of domination; it will go to the analysis of feminist's vindications as sexual and reproductive rights until it reaches the moral defences of abortion; b) the second part aims to portray the Brazilian reality, starting on state secularism and the religious influence on politics since the Constituent National Assembly, going through the presence of the feminist movement on the vindication of liberty and autonomy over woman's own body and arriving on the legislative propositions related to abortion; will verse, still on this theme, about the Supreme Court's decision in *Roe v. Wade*, that resulted on the decriminalization of abortion in the United States; c) the final part of the research will converse about the Brazilian Supreme Court that went over themes related to abortion, and about the public court hearings that informed the decisions. The analysed cases will be de Unconstitutionality Action ("Ação Direta de Inconstitucionalidade") n. 3510, that questioned the constitutionality of the Law n. 11.105/05 about the use of stem cells on scientific researches, and the Complaint of Breach of Fundamental Precept ("Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental") n. 54, that addressed the possibility of therapeutical anticipation of child birth when the fetus has anencephaly. The approach on the concept of public reasons, specially related to religious arguments that enter the debate, will also be made on this part. The final objective is to demonstrate that the current Brazilian legislation is outdated, doesn't punish nor restrains the practice of abortion, but prevents women to exercise all their sexual and reproductive rights with freedom and safety.

Key-words: abortion; feminism; woman; religion; sexual and reproductive rights; fundamental rights; gender.

SUMÁRIO

1. GÊNESES DE UM PROBLEMA	11
2. ESPECTROS DA DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO – moralidade, religião, emancipação e autonomia	16
2.1. Modelos e estereótipos de mulheres influenciados pela tradição católica – a pecadora, a mãe, a santa, a prostituta	18
2.2. Entre submissão e emancipação – o discurso de igualdade feminina em uma nova linguagem sobre a mulher	28
2.3. Movimento feminista enquanto um movimento social e o surgimento da luta por direitos sexuais e reprodutivos	41
2.4. Defesas morais do aborto entre autonomia da mulher, direito ao próprio corpo e início da vida	50
3. DIAGNÓSTICO DA REALIDADE BRASILEIRA ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS – Constituição, religião e movimentos sociais em disputa ...	73
3.1. Estado laico, protegido por Deus – A Constituição de 1988 quanto à separação entre Estado e religião e os movimentos na Constituinte	75
3.2. Movimentos feministas reivindicatórios de direitos sexuais e reprodutivos no Brasil	90
3.3. Propostas legislativas relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres – um passo em frente, dois passos atrás	100
3.4. A descriminalização do aborto na justiça estadunidense em Roe v. Wade – um paralelo entre Brasil e EUA	124
4. LEITURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUESTÕES RELATIVAS À VIDA HUMANA E AO ABORTO – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 como paradigmas de ação da Corte	137
4.1. Apontamentos iniciais acerca dos dois casos e análise das Audiências Públicas	139
4.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510: a decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias	161
4.3. Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF: a decisão do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos	182
4.4. O que se extrai dos julgamentos – qual é, enfim, a conclusão do Supremo Tribunal Federal sobre as questões em debate e sua relação com a questão do aborto	199
5. JUÍZOS FINAIS DE UMA CHAGA AINDA ABERTA	212
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	224

1. GÊNESES DE UM PROBLEMA

As mulheres brasileiras não têm pleno domínio de seus direitos sexuais e reprodutivos, uma vez que não podem optar, quando grávidas, por uma interrupção segura da gestação. A proibição ao aborto é definida na lei penal, mas deriva de uma série de conceitos e percepções que vão além da legislação e tomam espaço nas relações sociais.

As influências religiosas, na tratativa da mulher, concentram-se em diferenciar as “santas” das “pecadoras”, controlando a sexualidade feminina e impondo um modelo em que a mulher deve ser submissa ao marido, uma vez que ela foi “feita por Deus para o homem”, e restrita a um espaço privado. A sexualidade da mulher aparece como a fonte do pecado, algo condenável pela divindade e pelos textos religiosos. Assim, a mulher que exerce plenamente a sexualidade é a mulher pecadora, digna de punição e recriminação.

Esse modelo cristão de submissão e restrição ao ambiente doméstico é refletido por pensadores como Immanuel Kant, no século XVIII. A noção de que a mulher deve focar-se nas coisas belas e deixar o que é sublime ao homem é desenvolvida pelo autor. Para ele, a mulher deve cuidar da casa, seu espaço por natureza, preocupar-se com sua beleza, enquanto o homem se preocupa com coisas do intelecto e com o trabalho externo; à mulher, o estético; ao homem, o filosófico. Rompendo com essa lógica, contemporaneamente a Kant, David Hume e Mary Wollstonecraft buscam demonstrar a inversão de valores na submissão feminina e reivindicar a igualdade; já no século XIX, John Stuart Mill segue pelo mesmo caminho, tratando especificamente do modo como as mulheres eram tratadas, enquanto seres inferiores e indignos da mesma proteção e dos mesmos privilégios em relação aos homens.

A partir do século XX, a pauta de direitos sexuais e reprodutivos assume papel central no movimento feminista, envolvendo o uso de métodos contraceptivos, mas também do aborto. Essa reivindicação gerou a necessidade de justificações morais, filosóficas e mesmo religiosas da possibilidade de realização da prática, além de se buscar na própria juridicidade elementos que embasassem o pleito feminista.

No Brasil, a discussão é atrasada. O Estado brasileiro é laico, mas sofre influências de grupos religiosos não apenas sociais, mas mesmo internamente

ao Parlamento desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Ao mesmo tempo, o movimento feminista tenta fazer avançar suas pautas, contando com o apoio de parlamentares abertos ao diálogo acerca dos direitos sexuais. Assim, foram formuladas propostas legislativas pela descriminalização do aborto, mas sem resultado até então. Simultaneamente, os grupos conservadores mantêm sua “cruzada” contra a prática, seja através de projetos legislativos para se reprimir ainda mais a prática, seja para retirar as possibilidades autorizadas pela legislação atualmente (em caso de risco à vida da mãe ou de gestação em consequência de estupro).

Observando-se a descriminalização do aborto nos Estados Unidos da América, ela ocorreu a partir de uma sentença da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade* (410 U.S. 113), de 1973. “Jane Roe” (Norma McCorvey) ingressou com pedido de encerrar sua gestação indesejada. A Corte se viu obrigada a decidir acerca da privacidade da escolha da mulher em relação a um possível direito à vida do feto.

O Supremo Tribunal Federal julgou duas ações que versaram indiretamente acerca do aborto. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 atacou o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05) quanto à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias científicas por entender que o embrião humano já é uma vida a ser protegida pela Constituição. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, por sua vez, visou descriminalizar a possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia, que é a falha do fechamento do tubo neural (o que impede a formação do cérebro e tronco encefálico). Essa anomalia faz com que o feto tenha grandes chances de morte intrauterina e expectativa de vida de poucos minutos externamente ao corpo materno. Com isso, além de gerar riscos à vida e saúde física da mãe, gera distúrbios psicológicos, uma vez que a gestante não terá a oportunidade de ver o crescimento e desenvolvimento da criança – o falecimento brevemente após o parto é uma certeza. Em ambos os casos, esteve em pauta um possível critério de início da vida humana, de graus de proteção da vida intrauterina (e também da vida em geral, se deve ser protegida desde a concepção, especialmente no caso da Lei de Biossegurança). Tratou também da possibilidade de escolha e dos direitos da mulher em decidir por si acerca da interrupção da gestação

quando é atestado que o feto tem uma anomalia que impede sua vida além do útero; a escolha envolveu também a questão dos embriões congelados, uma vez que os doadores de material genético poderiam optar pela doação dos embriões para pesquisas (não seria obrigatório).

O que se observa é que o aborto é crime no Brasil, punido com penas que podem variar entre um e dez anos de reclusão (arts. 124 a 128 do Código Penal). No entanto, segundo a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), há dificuldade em se punir pessoas pela prática do aborto porque, ao longo do processo criminal, é necessária a comprovação da gravidez e, também, de que o aborto não foi espontâneo. Essas comprovações só podem ser feitas por exame de corpo delicto, o que dificulta a condenação. O aborto é considerado a quarta causa de óbito materno no País. “Estimativa da Organização Mundial de Saúde (OMS) aponta que, no Brasil, 31% das gestações terminam em abortamento. Anualmente, ocorrem aproximadamente 1,4 milhão de abortamentos espontâneos e inseguros, com uma taxa de 3,7 abortos para 100 mulheres de 15 a 49 anos.” Em 2004, ainda de acordo com a SPM, em torno de 1,6 mil abortos legais, previstos no artigo 128 do Código Penal Brasileiro (em decorrência de estupro ou quando a gravidez coloca em risco a vida materna), ocorreram no país, com custo de R\$ 232.280,50 ao Sistema Único de Saúde. No mesmo ano, o SUS registrou 243.998 internações motivadas por curetagens pós-aborto, decorrentes de abortamentos espontâneos e inseguros, importando em R\$ 35.040.978,90. “As curetagens são o segundo procedimento obstétrico mais praticado nas unidades de internação, superadas apenas pelos partos normais.”¹

Assim, embora seja crime de alta incidência no país, poucas pessoas são evidentemente punidas por praticá-lo. A consequência real da criminalização do aborto é a clandestinidade. Por não haver programas legais, mulheres recorrem anualmente a procedimentos abortivos inseguros, seja com uso de medicamentos ou de instrumentos perfurantes. As mulheres de classes sociais mais elevadas têm condições de pagar por procedimentos cirúrgicos, inacessíveis às camadas mais pobres da sociedade em razão dos valores

¹ Informações disponíveis em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/66936.html>>. Acesso em 16.11.2015.

elevados. Ricas pagam por procedimentos seguros, pobres morrem pela falta de segurança.

Há grupos políticos comprometidos com a descriminalização do aborto, a exemplo do Partido Socialismo e Liberdade², do Partido Verde³ e do Partido dos Trabalhadores⁴, mas a questão é muito delicada no Brasil, em especial por conta da religiosidade do país. Ainda que seja favorável à descriminalização, o Partido dos Trabalhadores não é incisivo na luta. Ao contrário, a primeira eleição de Dilma Rousseff foi marcada por ações retrógradas do partido temendo a reação dos grupos evangélicos, fervorosos opositores da descriminalização do aborto no país. Diante de grupos que começavam a tecer oposição à sua eleição em razão das posições do Partido dos Trabalhadores referentes ao tema do aborto e sem a vitória no primeiro turno das eleições presidenciais de 2010, a campanha de Rousseff se voltou a ligar a candidata aos valores religiosos cristãos, na tentativa de angariar votos dos fiéis. Assim, ela foi a público, afirmando que seu projeto era a favor da vida e ressaltando a força das religiões no Brasil.⁵

Em sua campanha à reeleição, em 2014, novamente Dilma Rousseff se voltou aos eleitores evangélicos, com a edição de um vídeo (gravado na Assembleia de Deus, em São Paulo) a eles destinado em que a candidata dizia que o Brasil é um Estado laico, mas que “feliz é a nação cujo Deus é o senhor” (salmo bíblico). Ressaltou que as correntes evangélicas defendem a família e, dentro dela, o papel feminino – e que seu primeiro governo teria feito muito em favor das famílias. Afirmou também acreditar no poder da oração, uma vez que na Bíblia está escrito que “a oração de um justo pode muito em seus efeitos”,

² Disponível em: <<http://www.psol50.org.br/2014/09/combate-a-violencia-e-descriminalizacao-do-aborto-sao-eixos-do-programa-do-psol/>>. Acesso em 16.11.2015.

³ Disponível em: <<http://pv.org.br/2014/05/29/presidenciavel-pelo-pv-eduardo-jorge-defende-descriminalizacao-da-maconha-e-legalizacao-do-aborto/>>. Acesso em 16.11.2015.

⁴ Disponível em: <<https://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Resolucoesdo3oCongressoPT.pdf>>. Acesso em 16.11.2015.

⁵ Fala de Dilma Rousseff citada pelo Jornal O Globo, em 05.10.2010: “Não tenho o menor problema de tocar nesta questão religiosa. Eu considero muito importante afirmar que o meu projeto, que foca nas pessoas marginalizadas, é um projeto a favor da vida. Tenho certeza que a minha proposta de tirar da pobreza e da miséria milhões e milhões de brasileiros tem tudo a ver com todas as religiões do Brasil. O Brasil é um país que tem uma força muito grande na religião cristã.” Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/eleicoes-2010/apos-perder-voto-de-conservadores-cristaos-dilma-volta-dizer-que-a-favor-da-vida-4986375#ixzz3z0e69wB3>>. Acesso em 16.11.2015.

pedindo aos fiéis que não esquecessem de orar por ela. Conclui dizendo que todos os dirigentes precisam do voto do povo e da graça de Deus.⁶

É interessante ressaltar que, ao longo da campanha presidencial de 2010, no mês de agosto, Dilma Rousseff asseverou ser contra o aborto, uma vez que nenhuma mulher seria favorável à prática, mas a favor de uma legislação que não criminalizasse a mulher. Questionada sobre o tema, Rousseff respondeu: “Eu particularmente não sou a favor do aborto, mas acho que o Brasil precisa de uma legislação que proteja a mulher”.⁷ Em outubro do mesmo ano, a candidata assinou compromisso contra a legalização da prática, em razão das reações dos grupos cristãos às suas declarações anteriores.⁸

A confusão entre os campos sacro e profano é uma constante no Brasil e isso se evidencia com o posicionamento da presidenta Dilma Rousseff em suas campanhas presidenciais. A existência de uma “bancada evangélica” no Congresso Nacional também atesta que os elementos públicos e privados nem sempre têm a separação desejada para um Estado laico, com a sobreposição de valores religiosos em discussões políticas.

O objetivo da presente pesquisa, portanto, é examinar as razões fundamentais para que o aborto seja considerado crime no país, a influência da moralidade cristã e dos estereótipos de mulheres produzidos pela religião, bem como as correntes filosóficas que se envolvem no tema. Pretende-se avaliar o movimento feminista e suas defesas morais do aborto, que envolvem a noção de que a mulher deve ter a capacidade de decidir sobre seu próprio corpo, passando ainda por questões fundamentais como a laicidade estatal, as proposições legislativas e as decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo interrupção da gestação e utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, abordando simultaneamente o resultado final e uma análise discursiva dos votos dos ministros.

⁶ Vídeo completo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ld6fq4P1idU>>. Acesso em 16.11.2015.

⁷ UOL. 18 de agosto de 2010. *Dilma diz que nenhuma mulher é a favor do aborto e que prática é "ato desesperado"*. Disponível em: <<http://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/08/18/dilma-diz-que-mulher-faz-aborto-por-desespero-e-nao-por-ser-favoravel-a-ele.jhtm>>. Acesso em 16.11.2015.

⁸ ESTADÃO. 15 de outubro de 2010. *Em carta, Dilma assina compromisso contra o aborto*. Por Carol Pires. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-carta-dilma-assina-compromisso-contra-o-aborto,625257>>. Acesso em 16.11.2015.

2. ESPECTROS DA DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO – moralidade, religião, emancipação e autonomia

A discussão sobre o aborto é dotada de múltiplas facetas. Diferentes grupos sociais, religiosos e políticos adentram na esfera do debate, cada um destes empunhando os argumentos mais adequados à finalidade de defender ou condenar a descriminalização da prática no país. Assim, ao se tratar de aborto, não é possível focar apenas em aspectos jurídicos, mesmo porque estes são diretamente definidos pela sociedade – ou ao menos por seus representantes eleitos.

Os estereótipos femininos conformados pela religião, por exemplo, têm grande relevância nessa questão. A mulher vista como santa é aquela que não tem pecado, ou seja, a mulher virgem: Maria de Nazaré, a mãe de Jesus. As demais são retratadas enquanto pecadoras, sobressaindo as imagens de Eva (a responsável pelo pecado original da humanidade) e Maria Madalena (erroneamente tratada pela tradição católica como uma prostituta, ainda que não haja na bíblia qualquer referência nesse sentido). A partir desses modelos, a mulher a ser reverenciada e respeitada é a mulher santa. De todo modo, ambas as mulheres estão submetidas ao homem e têm sua sexualidade controlada. É o que dizem as cartas bíblicas de Paulo: a mulher deve ser submissa e respeitosa ao marido, pois ela foi criada para o homem. Essa lógica de submissão cristã é refletida na sociedade.

Historicamente, o desenvolvimento de um discurso de emancipação feminina foi construído em reação à religião e a pensadores que insistiam na ideia de que a mulher deveria restringir-se ao espaço doméstico e à beleza, não a temas intelectuais, a exemplo de Immanuel Kant. Debruçaram-se sobre a questão da igualdade e dos direitos femininos filósofos como David Hume, Mary Wollstonecraft e John Stuart Mill. Abriu-se um canal de diálogo a partir do qual se tornou possível pensar em uma outra realidade feminina, sem dominação e com isonomia em relação aos homens. Outros nomes, já relacionados ao feminismo, se destacaram, a exemplo de Simone de Beauvoir.

O movimento feminista focou-se no empoderamento feminino, na tomada de consciência da posição subalterna e consequente libertação das mulheres. O

reconhecimento do patriarcado enquanto um sistema de dominação das mulheres pelos homens (não apenas por seus pais) teve papel central ao movimento. O desenvolvimento do feminismo foi mais evidente no século XX. Ele adotou pautas como relacionadas a direitos sexuais e reprodutivos, entre eles a utilização de métodos contraceptivos e a legalização do aborto. Isso porque a maternidade não seria o “destino necessário” de todas as mulheres, mas sim uma opção, uma escolha de cada mulher a partir de sua consciência e de suas escolhas.

A ideia de que a mulher teria um direito inafastável sobre seu próprio corpo e, com isso, que teria condições de escolher pela maternidade (ou não) tornou-se tema de grande objeção social. Sob o argumento de que o feto é “inocente” e não lhe pode ser negado o “direito à vida”, grupos conservadores, religiosos e laicos, passaram a reagir ao movimento feminista. Este desenvolveu defesas morais ao aborto, a partir da ideia de que o feto não é um ser humano completo ou que tenha um direito à vida garantido constitucionalmente; de que a mulher não deve ser punida pela prática sexual que resultou na gestação; de que a mulher tem direito de decidir sobre seu corpo e optar pela maternidade, quando desejar; de que o feto é um ser que se utiliza do corpo da mulher para seu desenvolvimento e subsistência. Judith Jarvis Thomson desenvolve interessante analogia nesse sentido, comparando o feto a um ser humano adulto e doente que deve ser amarrado ao corpo de outro para que possa permanecer vivo. A partir do exemplo, ela compara as situações do feto e dos adultos para chegar à conclusão de que o aborto é moralmente aceitável.

Entre os juristas, Ronald Dworkin tece semelhante defesa, entendendo que a mulher tem algum direito sobre o embrião que carrega. A escolha acerca do aborto tem um conteúdo de privacidade, de soberania de decisões pessoais. A mulher obrigada a ter um filho por ausência de legislação que permita o aborto não tem domínio sobre seu corpo.

Assim, o presente capítulo trata dessas relações e demonstrar que a religiosidade influencia sobremaneira a sociedade e a maneira como a mulher é vista no exercício de sua sexualidade. A ideia de emancipação feminina teve que romper com a tradição cristã, mas também com filósofos que reproduziam a noção de submissão da mulher. Com o movimento feminista, temas relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos vieram à tona e passaram a ser reivindicados,

gerando a necessidade de se demonstrar que o aborto seria moralmente aceitável.

2.1. Modelos e estereótipos de mulheres influenciados pela tradição católica – a pecadora, a mãe, a santa, a prostituta

A sociedade ocidental é marcada por influências dos símbolos da Igreja Católica e de outras correntes cristãs, inegavelmente. Dividida em duas partes, a bíblia cristã tem no nascimento de Jesus o acontecimento histórico que divide velho e novo testamentos, sendo composta por leis, histórias, poesias, ditos, profecias e cartas, escrita em um período de mais de 1000 anos.⁹ Serviu como norte para a moralidade de leis, a ética de condutas, além do sentido original de conteúdo religioso, a orientar a fé dos seguidores cristãos e conduzir suas vidas nos mais diversos aspectos. “Além disso, as crenças, práticas e representações religiosas agem sobre a realidade, seja reforçando as estruturas sociais, seja modificando-as.”¹⁰

“A ideologia cristã não contribuiu pouco para a opressão da mulher.” O evangelho traz o relato de caridade estendida às mulheres, mas o cristianismo colocou as mulheres em papéis secundários, relativamente honrados e subordinados.¹¹

A relação da religião com as mulheres se reproduz socialmente. Essa dinâmica leva a uma série de questionamentos quando se parte de um pensamento feminista: “Por que a hierarquização social dos sexos? Por que a ocultação das mulheres? Por que a apropriação masculina do sagrado? Como explicar que, historicamente, um gênero, o masculino, tenha podido controlar os ritos e as práticas, os discursos e as crenças bem como as representações de

⁹ FREITAS, Lucas Bueno de; CASAGRANDE, Lindamir Salete. *As Mulheres e a Bíblia: de uma relação passível a uma relação possível*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. p. 2. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1373309326_ARQUIVO_as_mulheres_e_a_biblia_lucas.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁰ ROSADO-NUNES, Maria José F. Religiões. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 213.

¹¹ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 118.

Deus, majoritariamente, para não dizer exclusivamente?”¹² As mulheres não têm o mesmo tratamento ou dos mesmos direitos que os homens, “dentro deste arcaico mundo religioso, sempre detiveram, questionando os lugares outorgados pelo único discurso teológico até então produzido – lugares como o de dona-de-casa, esposa e mãe”.¹³

O livro sagrado dos cristãos apresenta, essencialmente, três visões da mulher, ainda que várias mulheres tenham histórias retratadas em ambos os testamentos. A mulher da Bíblia traz estereótipos essenciais perpetuados através do tempo. A tríade feminina, em evidência, centra-se em Eva, Maria Madalena e Maria de Nazaré: as duas primeiras em papel depreciativo da condição feminina; a última é a mulher “sem pecado”, a virgem.

Desde Gênesis, primeiro livro do texto sagrado cristão e que conta a versão religiosa judaico-cristã e criacionista acerca do início da vida humana na terra, a mulher é retratada como figurante ou como culpada. Inicialmente, a história contada é de que “Deus criou o homem à sua imagem” – um ser masculino – e então criou a mulher. A mulher foi feita à imagem do homem – indiretamente à imagem do ser superior – para lhe fazer companhia, pois a divindade não gostaria que o homem estivesse sozinho no paraíso. Há a interpretação de que ao falar em criar o homem o que se entende é por uma criação coletiva, de toda a humanidade - o “ādām”, um coletivo, indicando a sociabilidade humana.¹⁴ A narrativa descreve que Deus teria colocado o homem para dormir e lhe tirado uma costela, com a qual fez a mulher.¹⁵ A função da mulher seria, portanto, fazer companhia ao homem; ele protagonista e ela coadjuvante na história cristã desde o início de sua existência da humanidade narrada pelo seu livro sagrado.¹⁶

¹² ROSADO, Maria José. *O impacto do feminismo sobre o estudo das religiões*. Cad. Pagu [online]. 2001, n.16, p. 89.

¹³ FREITAS, Lucas Bueno de; CASAGRANDE, Lindamir Salete. *As Mulheres e a Bíblia: de uma relação passível a uma relação possível*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. p. 8. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1373309326_ARQUIVO_as_mulheres_e_a_biblia_lucas.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁴ CORRÊA-PINTO, Maria Conceição. *A Dimensão Política da Mulher*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992. p. 199.

¹⁵ A escolha de palavras em hebraico evidencia a relação de pertencimento entre o homem e a mulher. Homem em hebraico é “Ich” e mulher é “Icha”, de modo que a mulher assim se chama pois “veio do homem”, é vista como um pedaço dele, derivada.

¹⁶ A visão da criação segundo os cristãos, até o chamado “pecado” de Eva, é narrada em Gênesis 1:26 – 3:24.

A mulher criada a partir da costela é chamada pelo homem de Eva, que significa “vida” em hebraico (“Hava”), associando a figura feminina à noção de reprodução da vida humana.¹⁷ A função de mãe, capaz de dar vida a um novo ser, é inserida desde o primeiro momento, desde o nome. O papel da mulher reprodutora tem, portanto, seu início com Eva, mas é completo em Maria, a mãe que dá à luz ao filho de Deus.

Eva, por sua vez, carrega a alcunha da mulher pecadora, a que levou o homem ao pecado original (chamado também de culpa original ou de queda do homem). Narra a anedota bíblica que, seduzida pela serpente, Eva teria comido e dado de comer a Adão do fruto de uma árvore proibida a eles por Deus, levando à Sua ira. Ao ser questionado se havia comido o fruto da árvore proibida, Adão se limita a colocar a culpa na mulher, que justifica ter sido enganada. Deus então responsabiliza serpente e mulher, a quem promete multiplicar o sofrimento na gravidez, no parto, além de impor que o desejo dela seria para o seu marido e que ele a dominaria. Na tradição cristã, portanto, desde o primeiro livro bíblico é imposta a dominação da mulher pelo homem.¹⁸ E a mulher é retratada como responsável pela desgraça imposta ao marido. “A maternidade e a dominação masculina trazem sofrimento à mulher”¹⁹, e são consequências dos atos de Eva.

Os textos de Gênesis têm sido interpretados enquanto fundação de uma relação entre homem e mulher que dá a ele o papel de chefia e a ela o papel sexual e da maternidade. Há autores que veem, por outro lado, uma relação de possível reciprocidade entre os sexos, a exemplo de Maria Conceição Corrêa-Pinto, uma vez que a criação da mulher teria sido para estar à altura do homem. Para ela, a sociedade patriarcal da época é que impôs tal leitura do texto religioso, mas o sentido do texto não teria sido esse.²⁰ Em que pese a escolha de palavras poder remeter a tal interpretação, não parece que seja a mais apropriada, notadamente quando se considera o momento histórico em que a

¹⁷ Bíblia. Gênesis 3:20 – “Chamou Adão à sua mulher Eva, porque era a mãe de todos os viventes.” Disponível em: <http://www.bibliaon.com/versiculo/genesis_3_20/>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁸ Bíblia. Gênesis 3:16 – À mulher, ele declarou: "Multiplicarei grandemente o seu sofrimento na gravidez; com sofrimento você dará à luz filhos. Seu desejo será para o seu marido, e ele a dominará". Disponível em: <http://www.bibliaon.com/genesis_3/>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁹ CORRÊA-PINTO, Maria Conceição. *A Dimensão Política da Mulher*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992. p. 225.

²⁰ CORRÊA-PINTO, Maria Conceição. *A Dimensão Política da Mulher*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992. p. 205-218; 232-234.

submissão feminina era a regra. O escrito foi feito por homens, resultados de seu tempo histórico, inseridos em uma sociedade patriarcal.

A noção de submissão é repetida no novo testamento, a exemplo da carta de Paulo aos Efésios, que determina às mulheres que sejam submissas aos maridos como ao próprio Deus, “pois o marido é o chefe da mulher, como Cristo é o chefe da Igreja, seu corpo, da qual ele é o Salvador”. O amor do marido pela esposa serviria a santificá-la, torná-la irrepreensível, mesma relação entre Igreja e Cristo. Ao marido, a recomendação de Paulo é de amor; à esposa, de submissão e respeito.²¹ Paulo reafirma sua posição também em Coríntios quando expressa a ideia de que senhor do homem é Cristo, enquanto o senhor da mulher é o homem, uma vez que o homem não foi tirado da mulher, mas a mulher do homem e não homem criado para a mulher, mas sim a mulher para o homem.²² Ele vai ainda além, privando a mulher de falar publicamente, ao menos em locais de pregação, em epístola aos Coríntios: “As vossas mulheres estejam caladas nas igrejas; porque não lhes é permitido falar; mas estejam sujeitas, como também ordena a lei. E, se querem aprender alguma coisa, interroguem em casa a seus próprios maridos; porque é vergonhoso que as mulheres falem na igreja.”²³ A mulher deveria ser submissa ao marido, pois para o homem foi criada, silenciosa na vida pública, para não envergonhar aos demais com seus questionamentos, além de ser incapaz e impotente.

Pelo que se percebe a partir dos evangelhos (bíblicos), Jesus tratava as mulheres com quem convivia de modo diferente ao que a tradição judaica e patriarcal do momento as impunha. Corrêa-Pinto entende que ele percebia as mulheres como interlocutoras em igualdade em relação aos homens²⁴, interpretação que pode ser vista como uma visão positiva de um ponto de vista feminista do texto sagrado cristão, ainda que cabível. De todo modo, é relatado que Jesus impediu o apedrejamento de uma mulher acusada de prostituição,

²¹ Bíblia. Efésios 5:22-33. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/vc/ef/5>>. Acesso em 16.11.2015.

²² Bíblia. 1 Coríntios 11: 1-34. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/vc/1co/11>>. Acesso em 16.11.2015.

²³ Bíblia. 1 Coríntios 14:34-36. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/1co/14>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁴ CORRÊA-PINTO, Maria Conceição. *A Dimensão Política da Mulher*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992. p. 238-301.

além de ter aceitado ser ungido por outra mulher, esta acusada de adultério pelos locais.

Madalena, por sua vez, retratada na credence menos arraigada aos textos bíblicos como uma prostituta, era seguidora de Jesus, a quem ele havia salvo, expulsando demônios.²⁵ Maria Madalena²⁶ teria sido salva por Jesus e então passou a segui-lo em seus ensinamentos, mas não há referências a ter sido prostituta – ainda que a história a tenha confundido com a mulher salva de apedrejamento, a adúltera, a quem a bíblia não dá nome²⁷ ou ainda com outra mulher, tida por pecadora e que unge os pés de Jesus com em outra passagem, a quem ele perdoa os pecados e declara salva pela fé²⁸.

A terceira imagem clássica da mulher católica é a mulher santa, imaculada, personificada em Maria de Nazaré, mãe de Jesus. Simone de Beauvoir analisa que, ante a figura de Eva pecadora, a Igreja foi levada à exaltação da mãe do “redentor”, Maria, cujo culto tornou-se de extrema importância para os católicos, ainda mais enfaticamente no século XII.²⁹ A tradição católica defende que Maria foi “concebida sem pecado”, assim como foi a concepção de seu filho, que não teria sido produto de uma relação sexual, mas sim da “vontade divina”. A mulher reverenciada pelos cristãos é a mulher desprovida de maldades e mãe. Os católicos se utilizam da expressão “Virgem Maria”, realçando o status sexual antes mesmo do nome. O dogma cristão é de que desde o primeiro momento de sua existência, Maria estaria cheia de graça divina e teria vivido toda sua vida sem cometer pecados.³⁰ “O cristianismo,

²⁵ Bíblia. Lucas 8:3. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/vc/lc/8/1+>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁶ “Os ministérios de evangelização, da cura e da profecia são voltados aos homens, encontramos, talvez, aí, o motivo da participação de Maria Madalena na Bíblia ter sobrevivido apenas até o momento em que presencia a ressurreição de Jesus Cristo. Como uma mulher Maria Madalena cumpriu seu papel, cuidou de Jesus, fazendo companhia a Maria, mãe de Cristo, porém sua palavra foi repugnada e não considerada na nova igreja que se formava.” [FREITAS, Lucas Bueno de; CASAGRANDE, Lindamir Salete. *As Mulheres e a Bíblia*: de uma relação passível a uma relação possível. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. p. 7. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1373309326_ARQUIVO_as_mulheres_e_a_biblia_lucas.pdf>. Acesso em 16.11.2015.].

²⁷ Bíblia. João 8:1-59. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/jo/8>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁸ Bíblia. Lucas 7:1-50. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/lc/7>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁹ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 123.

³⁰ Bula Ineffabilis Deus (8 de dezembro de 1854), editada por Pio IX.

apesar de seu ódio à carne, respeita a virgem consagrada e a esposa casta e dócil.”³¹ Maria é a representação virginal da esposa fiel, dedicada ao filho e ao lar, sem pecados.

A bíblia, sendo um produto de uma sociedade patriarcal em que o masculino é dado como normativo, refletiu o pensamento daqueles que a escreveram, traduzindo em texto o que se vivia em sociedade. “A mulher é vista como um ser inferior, sua sexualidade é utilizada na Bíblia para classificá-las como santas ou pecadoras. Maria – mãe de Cristo – obteve seu grau de santidade sem ser contestada em nenhum momento graças, talvez, ao fato de ser descrita como virgem.” Maria é a personificação de uma imagem ideal de mulher, inatingível, sem pecado e virginal. Maria Madalena, por outro lado, é vista como pecadora arrependida, ainda que nada sobre seu passado “promíscuo” seja mencionado no texto bíblico, o que evidencia a interpretação androcêntrica da história religiosa, com a mulher “comum” em posição de trevas, promiscuidade e pecado.³²

O que se pode perceber pela tradição cristã, em especial a católica (de profundo apego à figura de Maria, “Nossa Senhora”), é que a mulher pode assumir o papel de uma mulher “comum”, não santa, pelo que é vista enquanto pecadora, mas não é livre da noção de que é mãe. Nota-se essa perspectiva com a narrativa sobre Eva, que recebe o nome de “vida” dado que ela será a mãe dos descendentes de Adão. Se não for dada às situações mundanas, então é santa, tal como Maria, venerada pelos devotos. “Numa religião em que a carne é maldita, a mulher se apresenta como a mais temível tentação do demônio.”³³ Luiz Tarlei de Aragão, tratando da sacralidade da “mãe” e, de lado oposto, da mulher que não assume esse papel, afirma que aquelas “que fogem ao modelo de recato, fidelidade e resignação representado na metáfora da mãe são mais cedo ou mais tarde identificadas ao amálgama ideológico que recobre a

³¹ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 101.

³² FREITAS, Lucas Bueno de; CASAGRANDE, Lindamir Salete. *As Mulheres e a Bíblia: de uma relação passível a uma relação possível*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. p. 9-10. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/201373309326_ARQUIVO_as_mulheres_e_a_biblia_lucas.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

³³ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 118.

categoria da prostituta”, um maniqueísmo ainda remanescente.³⁴ É necessário perceber que a mulher “livre” foi por muito tempo identificada como a mulher pública (prostituta), objeto de escândalo.³⁵

Marilena Chauí também interpreta essa dualidade contraditória entre Eva e Maria como algo que, à primeira vista (nas palavras da autora), é traduzida enquanto a “oposição insolúvel entre a responsável pelo Paraíso Perdido e a mediadora de todas as graças, imaculada na concepção”. A construção da ideia da “Mãe Virgem” importa tanto na imposição da sexualidade anulada quanto da maternidade.³⁶ A categoria de esposa-mãe é sacralizada, inserida na lógica doméstica, objeto de controle social e sexual – a função da sexualidade sendo a reprodução.³⁷

As tradições católicas resistem ao tempo – e a dominação feminina pelo homem é perpetuada. Assim, o feminismo, no campo da teologia, opera com críticas manifestadas aos conteúdos tradicionais da fé: o monoteísmo, a imagem masculina da divindade, a figura submissa e virginal de Maria; as interpretações sexistas dos textos sagrados. Ainda, há a crítica à compreensão tradicional da “natureza feminina” que fixa as mulheres em tal “especificidade” que a maternidade se torna destino irrecusável, o que serve enquanto crítica extrema das instituições religiosas, androcêntricas, hierárquicas e excludentes das mulheres. “A afirmação da autonomia individual, que não se opõe à construção de ideais coletivos, mas ao contrário, a sustenta, leva-as ainda à reivindicação do reconhecimento de sua condição de agentes morais, capazes de escolhas éticas em todos os campos da vida, inclusive naqueles que relativos à sexualidade e ao controle da capacidade de conceber novos seres humanos.”³⁸

³⁴ ARAGÃO, Luiz Tarlei de. Em nome da mãe: posição estrutural e disposições sociais que envolvem a categoria mãe na civilização mediterrânea e na sociedade brasileira. In: DURHAM, Eunice; TAYLOR, Julie; ABREU FILHO, Ovídio de; ARAGÃO, Luiz Tarlei de. *Perspectivas Antropológicas da Mulher 3*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 139.

³⁵ RIOT-SARCEY, Michèle. Poder(es). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 187.

³⁶ CHAUÍ, Marilena. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 29-31.

³⁷ ARAGÃO, Luiz Tarlei de. Em nome da mãe: posição estrutural e disposições sociais que envolvem a categoria mãe na civilização mediterrânea e na sociedade brasileira. In: DURHAM, Eunice; TAYLOR, Julie; ABREU FILHO, Ovídio de; ARAGÃO, Luiz Tarlei de. *Perspectivas Antropológicas da Mulher 3*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 114-118.

³⁸ ROSADO, Maria José. *O impacto do feminismo sobre o estudo das religiões*. Cad. Pagu [online]. 2001, n.16, p. 81-85.

O corpo da mulher é invocado enquanto determinação natural e é consequência da ideologia naturalizadora, fazendo com que a mulher permaneça essencialmente ligada à ideia de procriação. A maternidade se torna um instinto e um destino: ir contra ele é visto como um ato violento, a exemplo de quando se reivindica que a maternidade seja vista como um direito que pode ou não ser exercido. “Por uma sutil inversão ideológica, a violência passa a ser imputada ao ‘desnaturamento’ desejado pelas mulheres”, como bem define Chauí. O instinto e o amor maternos servem para controlar e reprimir a sexualidade feminina.³⁹ A maternidade é vista enquanto algo natural e “instintivo”, naturalizando a imposição da reprodução. O corpo feminino é não mais que um objeto capaz de gestar e a violência estaria em não realizar a capacidade de ter filhos.

Superar as disparidades sociais e, essencialmente, jurídicas entre homens e mulheres é um trabalho que envolve a superação de crenças (até mesmo infundadas, como as que envolvem a vida de Maria Madalena) e dogmas cristãos. A necessidade de um Estado plenamente laico vai além da mera separação entre Estado e Igreja, mas envolve conceitos profundamente arraigados nas sociedades e que acabam influenciando sobremaneira o direito concebido nas localidades. João XXIII abriu tímido caminho para a superação das desigualdades com o Concílio Vaticano II, que estabeleceu o fim de distinções em direitos fundamentais por razão de “sexo, raça, cor, condição social, língua ou religião”, além de afirmar a “igual dignidade do homem e da mulher”. Ainda assim, é uma abertura para direitos humanos, não para igualdade, na medida em que a mulher permanece sob a alcunha do lar, da função materna e familiar, oposta à atividade pública, como seu papel principal.⁴⁰ A Igreja Católica, como outras igrejas cristãs, não é mais para muitas mulheres um lugar de expressão de fé, uma vez que “as mulheres que buscam afirmar direitos, as que lutam por uma cidadania em bases igualitárias, as que desejam uma outra ordem social e política, parecem não ter chances na Igreja

³⁹ CHAUÍ, Marilena. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Célia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 38-39 e p. 45.

⁴⁰ CORRÊA-PINTO, Maria Conceição. *A Dimensão Política da Mulher*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992. p. 333 e p. 342.

institucional”.⁴¹ As instituições tradicionais da Igreja têm demonstrado pouco apreço por mudanças culturais, sociais e, nas palavras de Mary E. Hunt, a “qualquer coisa que sugira que há vida para além da Idade Média”.⁴²

A reprodução de discursos antigos é uma constante no catolicismo, o que abre necessidade aos novos desdobramentos da teologia na tentativa de desconstruir essa dominação, invisibilidade e discriminação vivida pelas mulheres dentro da igreja, propondo um novo horizonte para as representações que sustentaram o pensamento androcêntrico e que subordinaram as mulheres, não só nas igrejas, mas na sociedade como um todo.⁴³

É necessário, portanto, exceder algumas concepções que permanecem enraizadas na sociedade para além das relações meramente religiosas, tais como a imagem da divindade masculina, a figura submissa e virginal de Maria, o sexismo e androcentrismo da abordagem clássica de inclusão apenas dos homens naquilo que é tido como religioso e de mulheres silenciosas – ou silenciadas – e coadjuvantes, relegadas ao profano⁴⁴ e ao trabalho doméstico.⁴⁵

⁴¹ ROSADO-NUNES, Maria José. *Teologia feminista e a crítica da razão religiosa patriarcal*: entrevista com Ivone Gebara. Rev. Estud. Fem. [online], jan./abr., 2006, vol.14, n.1, p. 302.

⁴² HUNT, Mary E. O Fundamentalismo Católico e as Teologias Pró-Sexo. In: JURKEWICZ, Regina Soares. (Org.). *Quem controla as mulheres?* Direitos reprodutivos e fundamentalismos religiosos na América Latina. Tradução de Beatriz Cannabrava e Lula Ramires. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2011. p. 63.

⁴³ FREITAS, Lucas Bueno de; CASAGRANDE, Lindamir Salet. *As Mulheres e a Bíblia*: de uma relação passível a uma relação possível. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. p. 8. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1373309326_ARQUIVO_as_mulheres_e_a_biblia_lucas.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

⁴⁴ A obrigação do celibato masculino para o sacerdócio deriva da noção de que o homem está ligado ao sagrado e a mulher ao profano; o contato com a mulher em uma vida íntima afasta o homem de Deus, tendo em vista que a mulher está mais próxima do pecado do que da santidade. Imposto por Gregório VI, é visto como uma defesa em razão do caráter perigoso da mulher, severamente sublinhado. Apenas os homens são portadores do “sagrado”, protagonistas das crenças e ritos que criam tradições e até a própria sociedade. As mulheres, além do profano, relacionam-se com o que é cotidiano e repetitivo, com as características mundanas. A subordinação das mulheres na religião, portanto, ultrapassa a impossibilidade de tomar liderança, a impossibilidade de ordenação sacerdotal, mas é perceptível em todo o conjunto religioso, que toma o feminino como “impuro”, profano, pecador. [ROSADO-NUNES, Maria José F. Religiões. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 215-216.; BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. / Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 118.].

⁴⁵ O Código Civil de 1916 (cuja elaboração se iniciou em 1899), em vigor no Brasil até 2002, trazia a noção de que a mulher deveria se concentrar nas funções do lar, restringir-se à vida privada e ser submissa ao marido. Era um produto de uma sociedade marcadamente conservadora e patriarcal, caracterizada pela superioridade masculina e pelo controle da família pelo homem, com influência da religião católica (ainda que o Estado já fosse formalmente laico desde 1891). A mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornava-se relativamente capaz, além de ser obrigada a adotar o patronímico do marido. Para trabalhar precisava de autorização

“Apenas os homens são portadores do sagrado, protagonistas de crenças e ritos pelos quais novas relações e a própria sociedade são criadas. [...] Às mulheres restam as religiões mágicas, que incorporam o erotismo e afastam da ‘ação no mundo’. Resultado: homens ativos, mulheres passivas, tanto na religião como na sociedade.”⁴⁶

Pela religião, as mulheres não têm condições de ascender a posições de poder, estão excluídas da vida pública – uma característica da fé que, na sociedade contemporânea, necessita ser ultrapassada.⁴⁷ A noção de mulher submissa, restrita ao lar e à maternidade é profundamente elaborada nas religiões monoteístas, a exemplo do cristianismo, mas encontra fundamentações também no discurso filosófico e sociológico.

“As mulheres e seus corpos são o mais claro exemplo de pensamento fundamentalista transformado em lei e política social”, como aduz Mary E. Hunt.⁴⁸ A partir do corpo e da sexualidade femininas se expressa a opressão e a dominação⁴⁹ do masculino – e é na sexualidade feminina que começa a

do marido. O chamado Estatuto da Mulher Casada, de 1962, foi o primeiro grande marco de ruptura com a hegemonia masculina, devolvendo a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal, ainda que permanecesse subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituídos os bens reservados (patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho). A Lei do Divórcio, de 1977, introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial, limitando-se a substituir a palavra “desquite” pela expressão “separação judicial”, com as mesmas exigências entre os regimes. Trouxe, no entanto, alguns avanços em relação à mulher, tornando facultativa a adoção do patronímico do marido. Estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, que antes só eram assegurados à mulher “honesta e pobre”. Há que se fazer referência à expressão “honesta”, um julgamento da mulher por sua sexualidade e vida privada, de cunho absolutamente machista. Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos nubentes, passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens (não mais a universal). A verdadeira mudança na tratativa dos gêneros ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu a igualdade formal entre homens e mulheres em todos os aspectos, garantindo a dignidade feminina. [DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em 16.11.2015.].

⁴⁶ ROSADO, Maria José. *O impacto do feminismo sobre o estudo das religiões*. Cad. Pagu [online]. 2001, n.16, p. 92.

⁴⁷ ROSADO-NUNES, Maria José F. Religiões. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 214-216.

⁴⁸ HUNT, Mary E. O Fundamentalismo Católico e as Teologias Pró-Sexo. In: JURKEWICZ, Regina Soares. (Org.). *Quem controla as mulheres? Direitos reprodutivos e fundamentalismos religiosos na América Latina*. Tradução de Beatriz Cannabrava e Lula Ramires. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2011. p. 59.

⁴⁹ “Essa dominação se expressa através de uma divisão injusta do trabalho social e doméstico, através de uma legislação que acaba mantendo não apenas os privilégios de classe e de etnia, mas os privilégios de gênero. Manifesta-se, igualmente, nas questões de descriminalização e legalização do aborto, como se os homens, ou a sociedade que representam, tivessem a última palavra sobre nossas decisões e escolhas. As teologias ou, mais especificamente, as igrejas seguem a mesma lógica de dominação. Afirmando-se a partir dos

opressão, a posse da mulher pelo homem, e, por outro lado, que se afirma a autonomia feminina. O impacto negativo do dogmatismo religioso sobre a legislação, em especial quanto à sexualidade, “desperta fortes demandas para restaurar os princípios da secularidade e da laicidade”, uma vez que a moralidade sexual ainda é arraigada à relação entre Estado e temas dessa natureza. Portanto, para além da laicidade, é necessário romper com os princípios religiosos que influenciam a política e, por conseguinte, as leis.⁵⁰

2.2. Entre submissão e emancipação – o discurso de igualdade feminina em uma nova linguagem sobre a mulher

Homens e mulheres assumem posições sociais distintas. Eles são dominantes, elas são dominadas. A dissimetria na relação denota, ainda, que a preocupação com essas distinções nem sempre está associada à preocupação com a posição feminina desfavorável, mas com a manutenção de um controle masculino.⁵¹ “O fato empírico de que alguns indivíduos não nascem ‘livres e iguais’, assim como seu acesso diferenciado aos direitos, poderá ser atribuído a uma natureza diferente, reintroduzindo uma incomparabilidade radical entre condições sociais percebidas, então, não mais como desiguais, mas como ‘diferentes’.” As disparidades entre os sexos são percebidas enquanto questões naturais, de um “determinismo biológico”. Inserida na natureza, em algo inacessível à ação humana, a dominação das mulheres pelos homens não só é justificada, como é feita invisível, despercebida.⁵²

As mulheres são vistas como os “outros” do sujeito falante e pensante. O problema das relações entre os sexos em todos os seus aspectos é proveniente

princípios que respeitam a vida, não percebem a contradição histórica de seus argumentos e a reprodução da dominação patriarcal em relação às mulheres.” [ROSADO-NUNES, Maria José. Teologia feminista e a crítica da razão religiosa patriarcal: entrevista com Ivone Gebara. Rev. Estud. Fem. [online], jan./abr., 2006, vol.14, n.1, p. 301.].

⁵⁰ CORRÊA, Sonia. Interrogando a laicidade. In: JURKEWICZ, Regina Soares. (Org.). *Quem controla as mulheres?* Direitos reprodutivos e fundamentalismos religiosos na América Latina. Tradução de Beatriz Cannabrava e Lula Ramires. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2011. p. 41-45.

⁵¹ APFELBAUM, Erika. Dominação. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 76-80.

⁵² VARIKAS, Eleni. Igualdade. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 117.

não de uma “realidade ontológica denominada ‘natural’, mas de uma relação de dominação que, embora pareça não poupar nenhuma sociedade e nenhuma época da História, é apresentada como culturalmente construída e, portanto, passível de ser superada”.⁵³ Simone de Beauvoir destaca que homem algum se aventuraria a escrever uma obra acerca da condição do “macho” na sociedade ou deveria iniciar apresentando-se enquanto homem, pois ser homem é o “natural”; a mulher é que representa o “outro”. O homem é o positivo e o neutro, a mulher é o negativo. O fato de ter ovários e útero encerra a mulher em sua subjetividade, seu corpo é visto como sobrecarregado, ela não é senão o que o homem decide. Beauvoir cita Aristóteles, que diz que “a fêmea é fêmea em virtude de certa *carência* de qualidades”, um ser que sofre de “deficiências naturais”. A mulher é definida relativamente ao homem, não é um ser autônomo. “O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro.”⁵⁴

Por ser o “diferente”, o feminino é excluído da igualdade dos direitos em nome da sua diferença, que o torna incomparável aos demais, e só pode usufruir da igualdade na medida em que se assemelhe ao grupo dominante, inclusive com regras específicas que se aplicam apenas a essa categoria.⁵⁵

Os sexos são associados a noções de “masculinidade” e “feminilidade” construídas socialmente – e a dominação masculina, que marca as relações sociais de sexo, é que vai dizer o que é considerado “normal” ou “natural” para homens e mulheres. A virilidade ou masculinidade é relacionada à força, coragem, violência e aos privilégios da dominação das pessoas que não podem ou não são viris, ou seja, mulheres e crianças. É manifestada também com a sexualidade masculina. “A virilidade é a expressão coletiva e individualizada da dominação masculina.”⁵⁶ A feminilidade, por outro lado, manifesta-se pelo oposto: submissão, fragilidade, delicadeza e sexualidade dominada. Às

⁵³ COLLIN, Françoise. Diferença dos sexos (teorias da). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 59-61.

⁵⁴ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. / Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 9-10.

⁵⁵ VARIKAS, Eleni. Igualdade. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 117-118.

⁵⁶ MOLINIER, Pascale; WELZER-LANG, Daniel. Feminilidade, masculinidade, virilidade. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 101-106.

mulheres é atribuída apenas a vida doméstica, aos homens a pública. “O homem público obtém consideração; a mulher pública é objeto de escárnio.”⁵⁷

O filósofo Immanuel Kant, que crê na diferença entre os sexos e em uma posição natural de privilégio do masculino, busca estabelecer uma fronteira entre masculino e feminino, deixando claro que estes não são seres do mesmo tipo. Em sua concepção, a mulher é o belo sexo, enquanto o homem é o nobre; ainda que em ambos possam ser percebidas as duas virtudes, sobressai uma delas; o homem é relacionado à força física, a mulher é um animal doméstico. As características relacionadas ao sublime são o entendimento, a audácia, a retidão; do belo, a gentileza, o gracejo, a delicadeza, a ingenuidade. A mulher seria amável, graciosa, detentora de um “mágico e secreto encanto”. Ele vê como encantadoras as diferenças estabelecidas pela natureza entre os sexos. Desde a infância a mulher estaria “predisposta” a revelar gosto pelo belo, por adornos, revelaria sentido de decência, teria uma bondade natural e compaixão. Defende que o estudo laborioso ou a reflexão penosa estragariam os méritos peculiares das mulheres e debilitaria os seus encantos. O pudor seria, igualmente, uma característica do feminino. O homem, a seu lado, é dado ao entendimento profundo, aos estudos, a trabalhos que exigem força – e opõe-se ao sublime tudo que seja ridículo. A mulher deveria preocupar-se em ser bela. Ela não precisaria ser chamada para a condução de negócios, pois estes cabem aos homens.⁵⁸

A mulher para Kant poderia chegar a ter inteligência, mas assim ela despertaria apenas o respeito do homem, não mais seu amor, e perderia o poder que pudesse ter sobre o sexo nobre, uma vez que este se interessa justamente pelo que é belo, não pelo que é sublime. A mulher, diz Kant, deveria frequentar espaços masculinos para embelezá-los, para quebrar com a seriedade dos assuntos dos homens, que não lhes são afins.⁵⁹

⁵⁷ LAMOREUX, Diane. Público/privado. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 211.

⁵⁸ KANT, Immanuel. *Observações sobre o sentimento do belo e do sublime. Seguido de Ensaio sobre as Doenças da Cabeça*. Tradução de Pedro Panarra. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 37 e p. 57-73.

⁵⁹ BORGES, Maria de Lourdes. O corpo: o lugar contraditório do feminino. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 177-178.

Entende o filósofo, portanto, que a natureza é a responsável pelas qualidades características de cada um dos sexos e, no que diz respeito a direitos e deveres, o homem é visto por ele enquanto o senhor da mulher e ela deve obedecer. A feminilidade é tida enquanto fraqueza e, desse modo, a mulher deve ser “protegida” pelo homem, ser mais forte, que comanda em razão da força. Já no âmbito doméstico, o homem deixa a mulher controlar, pois esse é o seu espaço natural – a mulher pertence ao privado.⁶⁰

Kant defende, ainda, que “o que se faz contra o favor da natureza faz-se sempre muito mal”, vale dizer, a mulher deve seguir suas características naturais, assim como o homem. A vida conjugal, no matrimônio, deveria ser constituída enquanto “uma só pessoa moral” e regida pelo entendimento do homem e o gosto da mulher – que tem o controle de tudo que é matéria doméstica, sendo de sua natureza o privado em seus aspectos tais como o controle do que se passa no lar.⁶¹

Seguindo ainda a ideia proposta por Kant, a natureza, determinante, confiou à mulher a reprodução e ao homem o cuidado contra os perigos. A mulher, delicada, precisa do homem, viril, para que lhe proteja. Assim, para a perpetuação da humanidade, a mulher é naturalmente predestinada a ser mãe. As escolhas parecem ter pouca relevância – a mulher e o homem necessitam apenas de condições para desenvolver características inerentes ao seu sexo; ele será viril, forte, voltado ao entendimento; ela será amável, delicada, frágil, ingênua, voltada à beleza. É a interpretação de Berta Rieg Scherer.⁶²

David Hume, por outro lado, “parece ser uma rara exceção” aos filósofos de sua época, uma vez que não considera que a razão, a virtude, o entendimento e o acesso à esfera pública sejam privilégios ou direitos exclusivos dos homens. Na leitura de Livia Guimarães, Hume estuda as mulheres entre seus atores e interesses principais, não teme a sexualidade feminina e entende, ainda, que a diferença entre homens e mulheres, quando existe (ou na medida em que

⁶⁰ SCHERER, Berta Rieg. Sobre o caráter sexual da mulher e do homem em Kant. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 23-27.

⁶¹ KANT, Immanuel. *Observações sobre o sentimento do belo e do sublime. Seguido de Ensaio sobre as Doenças da Cabeça*. Tradução de Pedro Panarra. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 72.

⁶² SCHERER, Berta Rieg. Sobre o caráter sexual da mulher e do homem em Kant. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 29-30 e p. 45.

existe), não impede a igualdade. Ele vê nas mulheres a liberdade para governar no domínio público, não havendo barreiras que as impeçam de circular entre público e privado. Mulheres e homens são protagonistas da história em sua teorização.⁶³

Uma interessante passagem da obra de Hume demonstra um pouco da sua posição acerca da mulher. Em “Uma investigação sobre os princípios da moral”, de 1751, ao tratar da justiça, o filósofo imagina uma situação em que os seres humanos tivessem completo domínio sobre alguma outra espécie de criaturas racionais, mas de reduzido vigor intelectual e corporal, servis e sem resistência; a relação que se formaria entre os seres humanos e tais criaturas não seria uma relação de sociedade. Entretanto, em tal hipótese, a natureza imporá tal dominação e as restrições da justiça não seriam capazes de impedir a vontade de seres superiores. Hume então destaca que “em muitas nações, os membros do sexo feminino estão reduzidos a uma condição próxima da escravidão e não podem ter nenhuma propriedade, ao contrário de seus senhores”. Ainda que os indivíduos do sexo masculino tenham a força corporal para manter tal tirania às mulheres, elas conseguem, através de seus “encantos”, romper com essa situação e compartilhar “de todos os direitos e privilégios da sociedade”.⁶⁴ Hume vê tal situação como algo bom, um método superior à força física, um bom meio ao fim desejado, que é o da inserção na sociedade e fruição de direitos.⁶⁵

Hume, no entanto, não rompe integralmente com a noção de mulher na sociedade, em especial no que diz respeito à sexualidade feminina. Sendo um filósofo do século XVIII, Hume coaduna com a noção de castidade da mulher e mesmo do destino à reprodução, que, quando não realizada, é uma frustração. Ao tratar da cooperação dos pais para a subsistência da prole, entende o autor que a cooperação para tal fim depende das virtudes da castidade ou fidelidade ao leito conjugal e que uma infidelidade da mulher seria mais perniciosa que a

⁶³ GUIMARÃES, Livia. Hume e o feminismo. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 107-127.

⁶⁴ HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora Unesp, 2004. p. 251-252.

⁶⁵ GUIMARÃES, Livia. Hume e o feminismo. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 107-127.

do homem – por isso as leis de castidade seriam mais severas em relação à mulher. “O máximo respeito que pode ser alcançado por esse sexo deriva-se de sua fidelidade; e uma mulher deficiente nesse ponto torna-se vil e vulgar, perde sua posição e expõe-se a todo tipo de insulto.” Quando um homem age de modo covarde em determinada situação, pode ele se redimir e recuperar sua reputação tendo comportamento contrário; a falta de fidelidade feminina não traria a mesma possibilidade de perdão, pois, na visão de Hume, não seria possível atestar que ela “tomou melhores resoluções e tem suficiente autocontrole” para tanto. Já em relação à esterilidade feminina, o filósofo a vê como uma inutilidade da mulher, tendo em vista que sua natureza é a procriação – mas não seria tão “infeliz” quanto o homem impotente sexualmente.⁶⁶

Por mais que seja aberto à ideia das mulheres ocupando espaços públicos e não apenas adstritas a tarefas domésticas e ainda que perceba como tirânica a dominação masculina quando a mulher é tratada em condição próxima à escravidão, Hume não se desapega da noção “natural” da procriação, e do contrário a mulher é acompanhada da “inutilidade” em não fazer subsistir a prole. Tampouco rompe com a tradição de controle do corpo e da sexualidade femininos, compreendendo que a mulher que não é “casta” ou “fiel” é “vil e vulgar” e não crê que mudanças de comportamentos possam ser consideradas como verdadeiras. Hume dá um passo à frente quando trata de direitos civis, apenas. Quanto à sexualidade, não traz qualquer novidade.

Mary Wollstonecraft, em 1792, no célebre “Vindication of the rights of woman” (traduzido ao português como “Uma Reivindicação pelos Direitos da Mulher”), examina a condição social da mulher na sociedade do século XVIII e entende que as mulheres não são vistas como parte da espécie humana, mas como fêmeas, naturalmente distintas dos homens em razão de diferenças biológicas, a exemplo da força física. Entende que não se pode negar a superioridade física dos homens. No entanto, os homens se utilizam da força para colocar mulheres em posições ainda mais baixas socialmente. As mulheres foram colocadas no mundo para perseguir suas faculdades, enquanto seres humanos, pois são criaturas racionais. Na visão de Wollstonecraft, até então o

⁶⁶ HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora Unesp, 2004. p. 271-272, p. 309-310 e p. 318.

casamento era visto como o meio de ascensão feminina na sociedade. As mulheres seriam, para ela, extremamente degradadas por noções erradas da excelência feminina; essa fraqueza artificial produzida pelos homens levaria à tirania e infantilizaria as mulheres – leva-as a situações de subordinação e de controle pelos homens, que se colocam na posição de decidir por elas.⁶⁷

Na visão da autora inglesa, os homens se utilizam da “razão” para justificar seus preconceitos. Diversos argumentos são invocados por homens para dizer que mulheres não têm as mesmas condições de adquirir virtudes. Desde a infância, as mulheres são ensinadas a ocupar-se de ideais de obediência, beleza, atenção e que devem conquistar um homem; elas têm uma educação parcial, não com o mesmo ensino destinado aos homens. Tudo isso infantiliza a mulher, algo desejado pelos homens. Wollstonecraft questiona de que modo poderiam as mulheres “purificar seus corações” quando o que se cultiva é que elas devem ser submissas, devem servir ao divertimento masculino. Ela questiona também a obrigatoriedade do casamento, algo muito avançado dado o período em que viveu. As mulheres foram insultadas, retiradas das virtudes da humanidade, enfeitadas com graças artificiais, com o objetivo de desencadear emoções, não respeito. A liberdade seria a mãe das virtudes e, se as mulheres são escravas em sua própria constituição, não podem usufruir dos atributos da liberdade. As mulheres poderiam ter diferentes deveres a cumprir, mas são deveres humanos e deveriam ser regulados a partir dos mesmos princípios que regulam os deveres masculinos. Diante do questionamento sobre o que as mulheres poderiam fazer na sociedade, a resposta da autora é ampla, uma vez que crê em múltiplas possibilidades à mulher. Poderia dar-se a negócios, estudar política ou história, ser médica ou enfermeira. As diferenças sexuais em que os homens insistem são arbitrárias; a tirania do homem desencadeia consequências à mulher. A mudança na educação da mulher (desde a infância) levaria, juntamente com mudanças sociais, à sua liberdade física, moral e civil.⁶⁸

⁶⁷ WOLLSTONECRAFT, Mary. *Vindication of the Rights of Woman*. Kindle Edition. 1792. p. 9-15.

⁶⁸ WOLLSTONECRAFT, Mary. *Vindication of the Rights of Woman*. Kindle Edition. 1792. p. 17-29; p. 37-63; p. 180 e p. 237-238.

John Stuart Mill debruçou-se sobre o tema na obra “The Subjection of Women” (“A Sujeição da Mulher”), de 1869, que tem início com a constatação de que o princípio que regula as relações sociais entre os dois sexos, com a subordinação legal de um a outro, é errado em si mesmo e um dos obstáculos ao progresso – além de que deveria ser substituído por um princípio de perfeita igualdade, sem qualquer poder ou privilégio de um lado ou incapacidade (*disability*) de outro. Ele questiona as razões daqueles que afirmam que mulheres não são capazes para governar, ou que homens têm um direito a comandar e mulheres a obedecer, ou ainda que mulheres não possam ter liberdades ou privilégios concedidos aos homens. O sistema de desigualdades nunca foi objeto de deliberação; resulta do fato de que, desde os princípios da sociedade humana, as mulheres se viram ligadas a homens em uma relação de sujeição (*bondage*). Uma questão física (diferença de força) passa a ser uma questão legal, com a obediência assegurada. A desigualdade de direitos entre homens e mulheres não teria, para o autor, outra fonte senão a lei do mais forte. Mill acrescenta que é apenas uma fatalidade de nascimento que leva metade da humanidade a ser impedida de exercer determinados direitos, de ter determinados privilégios, fora do controle das pessoas envolvidas.⁶⁹

Mill destaca que a opinião geral dos homens é de que a vocação natural da mulher é a de ser esposa e mãe. Ele vê, por outro lado, muitas mulheres indispostas a reduzir-se ao lar e às tarefas domésticas. Ingressando na discussão acerca do casamento, o filósofo examina como ele é visto como um destino às mulheres, um destino que significa a passagem de direitos, de liberdade de agir, do pai ao marido. Stuart Mill entende que nenhum escravo é tão subordinado em extensão e de forma tão plena quanto a esposa, que é submissa a todo tempo – algo que vê como expressão da lei, não necessariamente a maneira como a esposa é tratada. Tanto a filosofia quanto a religião coadunam com tal condição – e mesmo o cristianismo, que prega a igualdade entre os seres humanos, tem no fundamento de suas instituições a arbitrariedade da preferência que exclui mulheres, além de impor a elas o dever da obediência. O autor critica a exclusão das mulheres de espaços públicos, cargos e ocupações, que credita ao desejo de mantê-las subordinadas no

⁶⁹ MILL, John Stuart. *The Subjection of Women*. Kindle Edition. London, 1869. p. 1-7; p. 30.

espaço doméstico, para o qual são educadas. Quando se alcançasse a igualdade de condições entre homens e mulheres no contrato de casamento, sem superioridade masculina em direitos e sem que homens sejam colocados na posição de senhores das mulheres, ainda assim as mulheres escolheriam voltar-se a funções domésticas e familiares, na visão de Mill.⁷⁰

Nesse ponto, Carole Pateman, analisando a teoria de Stuart Mill, explica que, embora ele tenha buscado auxiliar o movimento pela igualdade feminina e tomado ação, não rompeu em absoluto com a tradição anterior. A autora compreende que, ao afirmar que a mulher faria opção por cuidar do lar, o filósofo britânico compara a opção da mulher pelo casamento à opção profissional do homem. Assim, mesmo que o casamento se dispusesse no formato de um contrato de livre negociação, as mulheres naturalmente optariam por tarefas domésticas – interpretação vista por Pateman como incoerente com o argumento proposto por Stuart Mill de igualdade, uma vez que supõe que as diferenças sexuais levariam a uma necessária divisão sexual do trabalho (com as mulheres optando pelo trabalho doméstico). Essa divisão sustenta o direito patriarcal, a dominação dos homens sobre as mulheres.⁷¹

De todo modo, Stuart Mill faz avançar o debate, contestando argumentos como o da superioridade masculina e da maior capacidade mental (um argumento levantado pelos defensores da tese é relacionado ao tamanho do cérebro, contraposto por Mill com exemplos e dados da biologia), que vê como generalizações empíricas e fabricadas. As diferenças entre homens e mulheres, em sua visão, são artificiais e servem a perpetuar a submissão feminina. Ele vê a lei do casamento como “servidão” da mulher enquanto uma extrema contradição aos princípios do mundo moderno, marcados por igualdade e liberdade. Seria a única situação (uma vez que, quando escreveu “*The Subjection of Women*”, a escravidão já havia sido abolida na Inglaterra) em que um ser humano na plenitude de suas faculdades é colocado à vontade de outro.⁷² Assim, o que se percebe da construção teórica do autor é contraposição a ideias biológicas e naturais de inferioridade feminina.

⁷⁰ MILL, John Stuart. *The Subjection of Women*. Kindle Edition. London, 1869. p. 41-49; p. 63-69 e p. 72-80.

⁷¹ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 240-243.

⁷² MILL, John Stuart. *The Subjection of Women*. Kindle Edition. London, 1869. p. 98-99.

A construção feminista, já a partir do século XX, opõe-se a ideia de que a natureza tem o controle sobre o “destino” da mulher. Em “O Segundo Sexo”, Beauvoir afirma simultaneamente a necessidade de acesso ao universal, que pertence aos homens, e a realidade de diferença entre os sexos, que não seria justificativa para a hierarquia social e política estabelecida entre homens e mulheres. Afirma, ainda, a construção histórica do conceito de mulher, que, para além de meros elementos biológicos que diferenciam o “macho” da “fêmea”, o “ser mulher” é algo composto e formado socialmente, imposto à mulher. Com a célebre frase “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, Beauvoir faz refletir acerca do gênero, construído socialmente: “é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino”. A diferenciação que define o masculino e o difere do feminino ocorre na infância e passa a noção de que o feminino é inferior.⁷³ A construção social da ideia de homem e mulher é chamada pelo feminismo de “gênero”, diferenciado da noção de sexo biológico.⁷⁴

O termo “patriarcado” passa a ser muito utilizado por feministas – e sofreu alterações em seu significado, alcançando a noção atual de dominação do masculino, focado na figura do pai a partir da década de 1970. Passa a designar uma formação social em que os homens detêm o poder, com dominação masculina e submissão feminina. Literalmente, significa a autoridade do pai, mas o feminismo dá o contorno de que se entende por pai toda figura masculina.⁷⁵ Carole Pateman aborda o patriarcado e a relação com a figura paterna, afirmando que “o poder de um homem enquanto pai é posterior ao exercício do direito patriarcal de um homem (marido) sobre uma mulher (esposa)”. Antes da mesmo que o homem exerça a relação patriarcal sobre suas filhas, ele a exerce sobre a esposa, traduzida em dominação e opressão. As mulheres são

⁷³ COLLIN, Françoise. Diferença dos sexos (teorias da). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 65-66; BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 9.

⁷⁴ MATHIEU, Nicole-Claude. Sexo e gênero. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 223.

⁷⁵ DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 173-178.

subordinadas aos homens enquanto homens, enquanto “fraternidade”, não apenas enquanto filhas.⁷⁶

O patriarcado na construção teórica feminista é, assim, a dominação dos homens sobre as mulheres, que deriva da posição do pai, mas transcende essa relação. “Nesse sistema, a mulher é envolvida pelo autoritarismo rígido, intolerante, pouco dado a mudanças, a partir do qual se delineia a imagem feminina”.⁷⁷ Patriarcado é o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens, baseado no controle e no medo.⁷⁸ É, assim, a composição da sociedade em que homens dominam e mulheres são submetidas, homens controlam e mulheres são controladas. As mulheres são excluídas também do poder em razão da sujeição que as liga a seus maridos. Elas foram afastadas dos processos decisórios, inferiorizadas na distribuição de papéis sociais, tornadas inaptas às funções públicas e restritas ao universo doméstico.⁷⁹

O patriarcado impõe o mito da maternidade, sem o qual as mulheres poderiam questionar a obrigação de ter filhos e, com isso, mudar o sentido de suas vidas – sair da lógica meramente maternal. As mulheres são vistas enquanto “reprodutoras de herdeiros”, pois o patriarcado impõe o controle da sexualidade e, por conseguinte, da capacidade reprodutiva da mulher.⁸⁰ O feminino é confundido com o materno e restrito ao corpo. Nessa lógica, o aborto é um tabu, uma “metáfora para a mãe desnaturada, aquela que não quis obedecer à ‘natureza’”.⁸¹ Há uma inversão ideológica, citada anteriormente, que faz parecer ser da mulher a violência praticada, graças ao ‘desnaturamento’ da ideia de maternidade.⁸²

⁷⁶ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 18.

⁷⁷ CORRÊA-PINTO, Maria Conceição. *A Dimensão Política da Mulher*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992. p. 50.

⁷⁸ SAFFIOTTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular / Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 47 e p. 129.

⁷⁹ RIOT-SARCEY, Michèle. Poder(es). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 183-186.

⁸⁰ SAFFIOTTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular / Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 112-113.

⁸¹ TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 170 e p. 173.

⁸² CHAUÍ, Marilena. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 38-39 e p. 45.

Desde a origem da humanidade, diz Beauvoir, o patriarcado impôs sua dominação, o que não foi acaso nem resultado de uma “revolução violenta” – foi o resultado do privilégio biológico, que permitiu aos homens afirmarem-se sozinhos como sujeitos soberanos. Os homens nunca abdicaram do privilégio. A mulher foi condenada a desempenhar o papel do Outro e, desse modo, estaria igualmente condenada a possuir uma força precária, sem nunca escolher seu destino. Sendo o Outro, ela é a passividade em face à atividade, a desordem que resiste à ordem; ela é o mal. A autora francesa cita Pitágoras: “Há um princípio bom que criou a ordem, a luz, o homem; e um princípio mau que criou o caos, as trevas e a mulher”. Ainda assim, a mulher é necessária para a perpetuação da espécie humana e para a satisfação de desejos femininos, então deve ser incorporada à sociedade. Na medida em que ela se submete à ordem estabelecida (por homens), é purificada da sua mácula.⁸³ Ela se libertaria da dominação paterna através do casamento, mas isso a levaria a uma nova dominação, do marido.⁸⁴

A própria história das mulheres, oprimidas, é feita por homens. Eles é que sempre tiveram a sorte da mulher na mão, não decidiram em favor da mulher, mas apenas por ela – com base em seus próprios interesses. No que diz respeito ao corpo, apenas a possibilidade de uso de contraceptivos (e do aborto, em alguns lugares) libertou parcialmente as mulheres, mas se deu por uma alteração na ética masculina e na redução das famílias. Até mesmo o feminismo sofre por não ser um movimento absolutamente autônomo e depender de políticos, homens em sua maioria, para realizar demandas. Os acontecimentos se desenrolam sempre por vontade masculina. Simone de Beauvoir acredita em uma possível mudança, mas alerta que o patriarcado segue forte e as instituições permanecem sob controle de homens. O casamento, instituição social clássica, é o destino tradicionalmente imposto às mulheres e seus encargos permanecem mais pesados à mulher, seja com a maternidade ou as possibilidades de evitá-la (com métodos contraceptivos e a proibição do aborto), seja com a sua destinação às coisas relacionadas a questões domésticas. A mulher não é

⁸³ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 97 e p. 101.

⁸⁴ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. II. A experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. p. 67.

autônoma, não tem a mesma dignidade do homem, não é dotada das mesmas prerrogativas no casamento.⁸⁵ A mulher segue em condição de submissão.

O feminismo introduziu uma revolução na concepção da relação entre os sexos, por entender que essa relação pode ser objeto de uma ação transformadora.⁸⁶ Em razão da carga crítica e da ausência de estruturas, o feminismo é constante alvo de críticas, ridicularizações e demonizações e, sobretudo, de esquecimento e renegação, na tentativa de tirar-lhe a força. “Trata-se de uma maneira de negar que as mulheres façam parte da mudança de sua ‘condição’”, enfraquecendo o movimento que almeja transformação.⁸⁷

O feminismo observa que as mulheres não nascem livres e iguais, e que a diferença entre os sexos é política: “é a diferença entre liberdade e sujeição”, diz Pateman. A autora trabalha com o contratualismo, estabelecendo que a relação entre homens e mulheres firma um contrato sexual, proveniente do contrato original, que subordina as mulheres, as reclusas ao ambiente doméstico e tira-lhes direitos e liberdades – inclusive liberdade quanto ao próprio corpo, pois dá aos homens o livre acesso e domínio dos corpos femininos. O contrato sexual é desigual e assim serve aos interesses dos homens. Pateman cita uma frase de ordem anarquista (“nenhum homem é bom o suficiente para ser senhor de outro homem”) para denunciar que, ainda que se entenda que os homens não estão subordinados entre si, as mulheres seguem subordinadas aos homens: “mantém-se um silêncio acerca da lei do direito sexual masculino”. Isso advém, segundo a autora, da falha em se considerar o direito patriarcal como a origem do problema.⁸⁸

As mulheres estão sujeitas ao poder do patriarcado, conceito que, ainda que tenha sua origem na ideia de poder do pai, significa o poder dos homens, enquanto um grupo, sobre as mulheres, como já apontado. Não apenas a mulher não tem os mesmos direitos, privilégios e liberdades, como também não tem

⁸⁵ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 167-168 e p. 172-173; BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. II. A experiência vivida. / Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. p. 165-167.

⁸⁶ COLLIN, Françoise. Diferença dos sexos (teorias da). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 61.

⁸⁷ PERROT, Michelle. História (sexuação da). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 115.

⁸⁸ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 21-36 e p. 322.

nem mesmo livre direito sobre seu próprio corpo. O patriarcado estabelece a dominação da mulher pelo homem, restando ela sem autonomia completa e, preferencialmente, restrita aos aspectos domésticos. Ainda que a sociedade tenha avançado no sentido de reconhecer mais direitos às mulheres, são direitos conquistados pelo feminismo e que não dão conta de superar completamente as disparidades entre os sexos, menos ainda de superar o sistema patriarcal.

2.3. Movimento feminista enquanto um movimento social e o surgimento da luta por direitos sexuais e reprodutivos

O movimento coletivo da luta de mulheres passa a se manifestar enquanto feminismo a partir da segunda metade do século XX, com definição de pautas reivindicatórias, relacionadas a direitos humanos. Historicamente, as demandas feministas se iniciaram na luta pelo direito ao voto⁸⁹, ingressaram em uma luta contra o patriarcado para se atingir a igualdade entre homens e mulheres, até chegar à reivindicação da autonomia da sexualidade feminina. O feminismo aglutina em torno de si uma grande diversidade de vozes e demandas, e forma-se assim “como o grande eco que modifica as formas de ser dos comportamentos humanos em sociedade, refutando falsas posturas morais, assumidas como universais quando apenas manifestam o latente desejo de permanência viril no poder”.⁹⁰

⁸⁹ A luta pelo direito ao voto teve como expoentes mulheres de classes sociais mais altas, com algum grau de estudo; não foi um movimento unânime ou que englobou toda a coletividade das mulheres. Eram mulheres da elite, que queriam emancipação econômica, intelectual e participação política. O desejo era pelo cumprimento das promessas do Estado que se dizia liberal, com o fim de privilégios oligárquicos na predominância exclusivamente masculina. A luta contra o patriarcado, por sua vez, passou a envolver um maior número de mulheres trabalhadoras, operárias, que figuravam como “repositoras” de mão de obra masculina e reprodutoras de mão de obra, a partir da maternidade, sem direitos que lhes garantissem iguais condições. Essas mulheres, dentro do movimento operário, eram vistas como “companheiras”, mas não eram protagonistas. Passado o momento de luta por um direito considerado “elitista”, que foi o direito ao voto (tendo em vista que foi protagonizado por mulheres ricas e instruídas e que não significava uma mudança na estrutura de dominação e exploração das mulheres como um todo), as operárias ingressam no movimento feminista a partir de então e passam a compô-lo de maneira plena. [PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. *In*: CHAUI, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 63-99.].

⁹⁰ SANTOS, Magda Guadalupe dos. O feminismo na história: suas ondas e desafios epistemológicos. *In*: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 129-130.

O que ocorre é um debate ampliado, com reivindicações reais de conquistas significativas, envolvendo igualdade salarial, acesso profissional, direitos civis e direitos relacionados à saúde, família, creches, sexualidade, representação política e voz autônoma. São conjuntos de mulheres que se organizam na defesa de seus interesses e levantaram a questão da posição da mulher na sociedade e na política, tornando-se assim também sujeitos políticos. “A interrogação apaixonada que vai desde a sexualidade até o trabalho feminino, passando pela maternidade, padrões dominantes de reprodução, responsabilidades familiares, espaço doméstico, relações entre os dois sexos – relevou-se capaz de mexer a fundo com noções amortecidas sobre a mulher e seu mundo, e também com noções cristalizadas de mobilização política.” Os grupos que aglutinam a luta feministas são diversos, com mulheres das mais variadas profissões, procedências, histórias distintas, questionando simultaneamente suas vidas e sua posição subalterna. Esse reconhecimento de uma identidade, com a descoberta de uma condição feminina, e a elaboração de seus temas e reivindicações por parte das mulheres, nutre a proposta de uma política feminista questionadora da teia de opressões e discriminações da sociedade.⁹¹

O feminismo se traduz enquanto a “teoria política que se baseia na análise das relações entre os sexos, bem como na prática da luta de libertação das mulheres”, dada a constatação de que os homens dominam e se sobrepõem às mulheres. Alice Schwarzer, ao tratar do conceito de feminismo e da pesquisa na área, diz que “as mulheres são muito mais do que desfavorecidas. As mulheres são párias numa sociedade masculina. Mesmo que sua situação assuma distintas formas, de acordo com a classe social (de seus pais e maridos), com a raça, a idade, a situação familiar e a cor da pele, todas elas não escapam ao estigma mais marcante que pode haver na sociedade de hoje: ser mulher”. A defesa feminista é a defesa contra a redução ao outro sexo.⁹² As lutas feministas, portanto, “partem do reconhecimento das mulheres como específica e

⁹¹ PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher* 4. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 66-68.

⁹² SCHWARZER, Alice. As feministas são piratas. In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 136-138.

sistematicamente oprimidas, na certeza de que as relações entre homens e mulheres não estão inscritas na natureza, e que existe a possibilidade política de sua transformação.”⁹³

Ainda que sejam de muita importância as reivindicações feministas junto ao Estado, em especial no que concerne ao direito à saúde, o movimento entende que as mudanças dependem de uma transformação radical das relações entre homens e mulheres, de modo a quebrar com “a desigualdade disciplinada de mundos estanques, tarefeiros e repressores”, em que todas as interações sociais representam opressões e também em que a violência emerge em diversas maneiras,⁹⁴ mesmo porque o Estado é uma instituição masculina que reflete o ponto de vista dos homens, apoiados em normas masculinas consagradas como universais.⁹⁵ Assim, a frente de atuação do movimento engloba, simultaneamente, a sociedade, na perspectiva de mudanças nas relações entre homens e mulheres, e o Estado, com o objetivo de alteração das leis que oprimem e punem mulheres.

Apesar de ter se ampliado a partir da década de 1960, desde o início do século XX havia a demanda por emancipação sexual e pela auto realização da mulher, com nomes como da alemã Helene Stöcker, que pregava o amor livre e a maternidade como opção feminina. Afastava a moral tradicional, que impunha a maternidade como uma obrigação, além de recomendar o uso de contraceptivos e demandar pela revisão da legislação punitiva ao aborto.⁹⁶ A maternidade deixa de ser o único horizonte e o desejo da não maternidade passa a se exprimir de maneira positiva (não como uma carência), especialmente com o maior acesso a pílulas anticoncepcionais a partir da metade dos anos 1960.⁹⁷ O feminismo enquanto espaço específico da mulher que se reconhece na

⁹³ FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 144-145.

⁹⁴ PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 74.

⁹⁵ HEINEN, Jacqueline. Políticas sociais e familiares. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 190.

⁹⁶ SCHWARZFISCHER, Eva. As Origens do Movimento Feminista. In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 112.

⁹⁷ FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 144-145.

condição de oprimida e na vontade de romper com essa realidade, com um reconhecimento inquestionável da dominação exercida sobre as mulher, abre espaço aos questionamentos no âmbito sexual, tanto da sujeição sexual quanto da família e da reprodução.⁹⁸

Márcia Tiburi entende que, na cultura ocidental (e principalmente na lógica brasileira), a maternidade é “um código moral ao qual aquele que nasce com um corpo de mulher deve submeter-se.”⁹⁹ De fato, a ideia de domínio do próprio corpo foi objeto de reivindicações femininas, desde o uso de contraceptivos até o direito ao aborto, buscando escapar à noção de maternidade imposta como algo natural e instintivo. “O reconhecimento do direito de dispor do seu corpo foi um grande acontecimento para as mulheres do século XX.”¹⁰⁰

O feminismo fez ver que a dominação patriarcal, entendida enquanto o poder simbólico do pai e do masculino, define a cultura política e explica a ideia de “feminilidade” e “masculinidade” como uma ordem que fundamenta as relações entre homens e mulheres, sendo a mulher um ser designado culturalmente. As regras que controlam a mulher agem diretamente sobre sua sexualidade. “A discussão feminista mostrou que o patriarcalismo, como cultura e como relações sociais, prendia a sexualidade da mulher no controle da sua capacidade reprodutiva e a família era o mecanismo por excelência desse controle”, tendo como aliada a legislação, que ratifica esse controle e representa a repressão externa, de modo a garantir seu bom andamento.¹⁰¹

O movimento feminista deu dimensão política à autonomia da mulher. Conquistas importantes para as mulheres envolvem medidas de prevenção, educação sexual, métodos contraceptivos modernos (pílula do dia seguinte, DIU, entre outros), mas a questão do aborto não se tornou obsoleta. Ao contrário, a partir da construção do movimento feminista, o reconhecimento pelo direito ao aborto tornou-se uma constante demanda.

⁹⁸ PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 69.

⁹⁹ TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 171.

¹⁰⁰ DEL RE, Alisa. Aborto e contracepção. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 21-22.

¹⁰¹ PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 72-73.

Nos anos 1970, uma das prioridades dos movimentos feministas de libertação era afirmar que "o privado é político", denunciando valores pretensamente universais impostos por grupos dominantes. Nessa medida, o aborto é uma questão política e pode ser formulado sob a alcunha de um direito, "não só porque permite pôr fim a uma gravidez indesejada, mas também porque o direito à segurança e à integridade da pessoa, que está na base do individualismo moderno, passa, para as mulheres, pela possibilidade de controlar sua fecundidade."¹⁰²

As campanhas pela liberdade de abortar nos Estados Unidos e na Europa ocidental¹⁰³ constituíram os eventos mais relevantes do período. A conquista por novos direitos na esfera privada tem ao lado a luta por novos direitos na esfera pública, com demandas aos Estados.¹⁰⁴ "O feminino constituído como inversão

¹⁰² LAMOREUX, Diane. Público/privado. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 211-212.

¹⁰³ Ainda que seja possível tratar do movimento feminista na Europa enquanto uma realidade coerente, o movimento pelo direito a abortar não ocorreu de maneira uniforme em todo o continente, em especial na Alemanha, que na década de 1970 encontrava-se dividida e sentiu de modo peculiar as influências das organizações. O movimento pelos direitos reprodutivos na Alemanha se iniciou no começo do século XX, com demandas por emancipação sexual e pela autonomia feminina, tendo como expoente Helene Stöcker. O novo movimento alemão de mulheres, com a demanda da descriminalização da prática abortiva, teve início na década de 1960, mas não teve força suficiente para provocar mudanças na legislação de forma permanente. Foi a partir da metade dos anos 1980 que a discussão acerca da descriminalização voltou ao cenário político alemão, com o país ainda dividido. A Alemanha Oriental (RDA) tinha leis permissivas ao aborto, enquanto a Alemanha Ocidental (RFA) estabelecia pena de prisão de até três anos na condenação de mulher que praticasse o aborto. Em 1986, a editora da Revista feminista Emma, Alice Schwarzer, impulsionou o tema em artigo publicado pelo periódico, afirmando que as mulheres que defendiam a possibilidade de abortar não eram favoráveis ao aborto, mas tampouco eram favoráveis à punição imposta pelo parágrafo 218. Houve mudanças legislativas, a exemplo da lei que descriminalizava o aborto em 1974, mas uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a vida não começaria com o nascimento, por ser o feto um ser em desenvolvimento. A unificação gerou a necessidade de nova legislação, o que ocorreu em 1992, com a permissão da prática nos primeiros três meses de gestação – uma vez mais considerado inconstitucional pela Corte. Em 1995, foi editada nova lei para se adequar à decisão do Tribunal Constitucional e a legislação previu a possibilidade de aborto nas 12 primeiras semanas de gestação e a previsão de que a mulher deve recorrer a um serviço de aconselhamento, que tentará convencê-la a seguir com a gravidez. É essa a regulamentação que permanece em vigor hoje na Alemanha. [GERSTE, Margrit. Aborto: uma ação contra o espírito da época. Revogar o parágrafo 218, ressurgiu uma velha discussão. (artigo do jornal Die Zeit, 10 de outubro de 1986). In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 155-160. SCHWARZFISCHER, Eva. As Origens do Movimento Feminista. In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 134; SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 12-14.]

¹⁰⁴ FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 145-147.

da experiência real das mulheres, como dominação que as fazia silenciar e personalizar essas experiências, foi a primeira luta posta no debate”.¹⁰⁵

A sexualidade feminina é traduzida na função reprodutiva, apenas expressa na fertilidade. O movimento feminista faz uma crítica radical às normas sexuais, que conformam a mulher à maternidade. O movimento francês de liberação das mulheres na década de 1970, por exemplo, teve como uma das demandas fundadoras o direito ao aborto livre e seguro. A dominação dos homens sobre as mulheres centrou-se, quanto à sexualidade, na questão da livre disposição do corpo feminino.¹⁰⁶ Simone de Beauvoir descreve como é pela maternidade que a mulher realiza integralmente seu destino fisiológico, sua vocação natural, pois seu organismo é voltado à perpetuação da espécie. Contra a natureza, a reprodução humana passa a ser controlada pela vontade, com métodos contraceptivos e também com o aborto.¹⁰⁷ Com o cristianismo, ainda mais, as ideias morais sobre o aborto sofrem mudança, a partir da noção de que o embrião seria dotado de uma alma, então o aborto seria um crime contra o próprio feto.¹⁰⁸ A ideia de que a mulher pode ter controle sobre sua fertilidade e optar por não ser mãe é tida, nesse sentido, como antinatural.

A reivindicação concreta do movimento feminista relacionada ao controle do corpo e da sexualidade das mulheres “tem a ver com o âmago da identidade oprimida da mulher: seu direito a optar conscientemente no interior de suas identificações. Isto é, o direito ao aborto, como questão de opção individual e autônoma, o direito à decisão de ter ou não filhos, o direito à informação e acesso a programas de saúde, o direito à expressão de uma dinâmica emocional própria”.¹⁰⁹

Simone de Beauvoir entende que haveria um conteúdo de hipocrisia na penalização do aborto, cuja natureza afastaria a moralidade. Falar de aborto era

¹⁰⁵ PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 67.

¹⁰⁶ LHOMOND, Brigitte. Sexualidade. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 231-235.

¹⁰⁷ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. II. A experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. p. 248.

¹⁰⁸ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 154-155.

¹⁰⁹ PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 73.

(e ainda é) um tabu. A clandestinidade do aborto era vista como um risco inerente à condição feminina. Segundo Beauvoir, não haveria peso nas razões práticas invocadas contra o aborto; no que diz respeito às razões morais, eram as invocadas pela Igreja católica, que estabelece que o feto tem alma desde o nascimento – mesma instituição religiosa que autoriza mortes ocasionais em casos de guerra ou de condenações à morte. Ela questiona que moral há em se proibir o aborto, mas em se permitir que mulheres tenham um número elevado de filhos condenados à morte por diferentes razões (o exemplo utilizado pela autora é da África do Norte e da alta taxa de mortalidade infantil na região).¹¹⁰ Ainda, não é possível obrigar diretamente uma mulher a parir, mas o que se faz é limitar-lhe as opções, encerrá-la em situações em que somente a maternidade é possível. As leis e costumes impõem à mulher grávida (solteira) o casamento, e proíbem por vezes os anticoncepcionais, o aborto e o divórcio (no Brasil, apenas o aborto é proibido). As respostas à maternidade são paternalistas e restringem a mulher à condição de “mãe”, algo de sua “natureza”.¹¹¹

Os argumentos utilizados por feministas na década de 1970, especialmente na Europa, para justificar um direito ao aborto tinham como ponto comum a vontade de eliminar o perigo da morte dos procedimentos clandestinos e a reivindicação da autonomia reprodutiva da mulher, a partir da ideia de escolha pela maternidade, além da liberdade sexual feminina. A demanda era pela aprovação de legislação permissiva e com assistência médica, de questão exclusivamente privada a uma pauta com dimensão pública. O discurso de setores liberais passou a ser de que as mulheres, quando o aborto não é permitido, são vítimas de injustiça social e cultural; o aborto passou a ser definido como um direito civil, uma questão de liberdade individual.¹¹²

A aprovação de leis permissivas ao aborto na Europa ocidental ocorreu apenas a partir dos anos 1970, mas ainda persistem, mesmo em países liberais, imposições de diversos entraves à realização do procedimento, tais como justificação do pedido, autorização médica, tempo mínimo de residência no país

¹¹⁰ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. II. A experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. p. 248-250.

¹¹¹ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 79.

¹¹² DEL RE, Alisa. Aborto e contracepção. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 23-24.

(para mulheres estrangeiras), consentimento dos pais (se for menor de idade), bem como prazos para a realização do procedimento.¹¹³

Nenhuma mulher teve voz na elaboração das normas sob as quais vivem hoje homens e mulheres na visão de Catharine MacKinnon.¹¹⁴ A demanda do movimento feminista era por direitos relativos à dignidade das mulheres com proteção igual à dos direitos da vida em gestação, contra a “maternidade a qualquer preço”. Os grupos feministas observaram que as leis que previam a pena à prática, elaboradas apenas por representantes homens, pretendiam obrigar as mulheres a terem filhos sob ameaça, além de não ter como consequência necessária a diminuição do número de abortos. A redução da prática não seria obtida através de leis, mas sim com a corresponsabilidade entre os pais. Ademais, a legislação permissiva por vezes implicava em uma incidência mais baixa de abortos. Margrit Gerste destaca, nesse sentido, que os menores índices de aborto na década de 1980 na Europa eram registrados na Holanda, país com legislação liberal.¹¹⁵

Um problema enfrentado atualmente pelos defensores do direito ao aborto é o ressurgimento dos discursos conservadores, que se recusam a ver as mulheres como sujeitos autônomos, com influência religiosa e fixação na noção de que o feto é uma pessoa e que o aborto significa a morte de uma vida humana. É estabelecida, assim, uma ligação intrínseca entre o conceito de democracia e direito à vida, com a visão de que Estados Democráticos de Direito não podem permitir “assassinatos” de bebês, mas sim devem defender a vida em formação. Combate-se o aborto a partir de um discurso fundamentalista que dá mais valor à vida do feto que à da mulher, mesmo com o risco da clandestinidade. A mulher fica em segundo plano, tem seu corpo instrumentalizado.¹¹⁶

A redução de desigualdades deve considerar a diferença entre os sexos e o fato de que a maternidade e a gestação recaem sobre a mulher, senão de

¹¹³ DEL RE, Alisa. Aborto e contracepção. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 22-23.

¹¹⁴ MACKINNON, Catharine A. *Reflections on Sex Equality under Law*. The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue. mar., 1991. p. 1281. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/796693>. Acesso em 16.11.2015.

¹¹⁵ GERSTE, Margrit. Aborto: uma ação contra o espírito da época. Revogar o parágrafo 218, ressurge uma velha discussão. (artigo do jornal Die Zeit, 10 de outubro de 1986). In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 155 e p. 160.

¹¹⁶ DEL RE, Alisa. Aborto e contracepção. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 24-25.

maneira exclusiva, com expressiva diferença de responsabilidades. É uma transformação estrutural, que inclui a ampliação da disponibilidade de meios eficazes de controle dos nascimentos e a generalização da demanda por seu uso, com a incorporação da noção de que ter filhos não é um destino (em especial no que se refere às mulheres), mas sim uma escolha.¹¹⁷

A clandestinidade impõe um recorte de classe entre as mulheres, pois permite que mulheres ricas paguem por procedimentos seguros e exclui as mulheres pobres, coloca-lhes riscos à saúde e à vida. Simone de Beauvoir já em 1949 destacava a diferença percebida entre a mulher “burguesamente casada ou confortavelmente sustentada, com dinheiro e relações sociais” e “moça sozinha, sem dinheiro, que se vê acuada a um ‘crime’ a fim de apagar a mancha de um ‘erro’ que os seus não perdoariam”: a primeira leva “grande vantagem”, pois pode pagar por procedimentos seguros, ir a outro país em que a prática seja permitida, ser atendida por um médico e até mesmo conseguir licença para um aborto “terapêutico”; a segunda é condenada a uma lamentável desgracia.¹¹⁸ As disparidades ainda persistem em países em que o aborto é proibido.

E Beauvoir salientava, ainda, que a clandestinidade e a criminalidade do aborto multiplicam os perigos e dão caráter abjeto e angustiante à operação. Consequências como dor, doença e morte assumem o aspecto de um castigo à mulher que ousa abortar – ela assume os riscos, apreende-se como culpada, em uma interpenetração da dor e do erro singularmente penosa. Há aqui também uma questão de diferenciação entre ricas e pobres: as mulheres afortunadas, “livres de preconceitos” graças à situação social, o que se tem é um momento desagradável pelo qual precisam passar, mas apenas isso; no entanto, um grande número de mulheres, “intimidadas por uma moral que guarda seu prestígio a seus olhos, embora não possam adaptar sua conduta a ela”, que sofrem ao cometer o delito por respeitar a lei que violam – e sofrem ainda mais em ter que apelar às cúmplices.¹¹⁹

¹¹⁷ OLIVEIRA, Maria; VIEIRA, Joice Melo; MARCONDES, Glaucia dos Santos. Cinquenta anos de relações de gênero e geração no Brasil: mudanças e permanências. In: ARRETCHE, Marta. (Org.). *Trajetórias das Desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos*. São Paulo: Editora UNESP / CEM, 2015. p. 311-312.

¹¹⁸ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. II. A experiência vivida. / Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. p. 252-253.

¹¹⁹ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. II. A experiência vivida. / Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. p. 255.

“Sendo o aborto oficialmente proibido, muitas mulheres comprometem a saúde com medidas abortivas não controladas ou sucumbem ao número de filhos.”¹²⁰ O ônus da gravidez indesejada é sentido pela mulher, sem contrapartida ao homem – evidenciando-se, desse modo, a desigualdade percebida por metade da população em relação à outra metade, privilegiada, que não sofre com controle de seu corpo, de suas escolhas e de sua autonomia.

A isonomia formal não resume a ideia de igualdade em um Estado Democrático de Direito. Em uma sociedade que tem como objetivo a inclusão, é necessário atentar à condição da mulher, grupo historicamente subjugado, excluído e oprimido. A proteção dos direitos fundamentais das mulheres é essencial a uma sociedade livre, justa, solidária e plural. Daniel Sarmiento faz a feliz observação de que a desigualdade entre os gêneros, especialmente no que diz respeito ao aborto, “subjuga as mulheres e impõe a elas um ônus que em nenhum contexto se exigiria dos homens”, o que demonstra a posição submissa e inferior em que as mulheres se encontram na sociedade quando não têm a capacidade de determinar autonomamente o que acontece aos seus corpos.¹²¹

2.4. Defesas morais do aborto entre autonomia da mulher, direito ao próprio corpo e início da vida

A moralidade é um elemento central na discussão acerca do aborto. A opção por uma legislação mais progressista e que respeite o direito da mulher de decidir por si acerca da continuidade de uma gestação, tomando como base sua autonomia, privacidade e, portanto, o direito que tem ao próprio corpo, passa por questões morais e por questionamentos acerca dos limites éticos no estabelecimento de critérios tanto para permissão quanto para proibição (total ou parcial) do aborto. Perpassa a noção de direito à vida, para além da disputa do momento inicial da vida humana, confrontado pela ideia de direito da mulher ao próprio corpo e das intervenções do patriarcado no corpo feminino.

¹²⁰ BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. I. Fatos e Mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p. 172-173.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 45-47.

Márcia Tiburi entende que o aborto “é a mais perfeita metáfora do moralismo – uma metáfora do ‘mal’ construída pelo olhar desrespeitoso contra as mulheres – que está na base fundamental do discurso patriarcal”.¹²² A mulher não tem domínio sobre seu corpo e sua vida, ela tem homens que decidem, inclusive jurídica e politicamente, inclusive sobre questões mais fundamentais como a sua privacidade. Mesmo em locais onde é permitido o aborto, e mesmo entre grupos que propõem a “igualdade de direitos” entre a mulher e o feto, a mulher está em constante julgamento ou, nas palavras de Margrit Gerste, “em vez da pena, o que ameaça as mulheres é o *chicote da moral*”.¹²³

Simone de Beauvoir assevera que os homens tendem a encarar o aborto com displicência, considerando-o como um dentre numerosos acidentes a que a natureza, maligna, condenou as mulheres. Homens não medem a totalidade de valores empenhados no aborto. Todo o universo moral da mulher é abalado, sua feminilidade, seus valores, pois desde a infância ela é criada para a maternidade, é educada para ser mãe – tudo que há de ruim e inconveniente em relação às atividades domésticas, à gestação, aos filhos, é justificado por um “maravilhoso privilégio de pôr filhos no mundo”.¹²⁴ O condenado é ir contra a “natureza” e optar por não ter filhos ou por interromper uma gestação.

Ronald Dworkin considera que a retórica política é explícita quanto ao cerne do debate ser a definição quanto à natureza jurídica do embrião fertilizado, se ele é ou não uma criatura humana com direitos e interesses próprios, “uma criança não-nascida, indefesa diante do bisturi assassino do médico que vai fazer o aborto”. A discordância entre os grupos está no fato de que os “pró nascimento” consideram que o embrião é uma criança não nascida, enquanto os “pró decisão” entendem que o “embrião é uma criança tanto quanto uma semente já é uma árvore”.¹²⁵

¹²² TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 163.

¹²³ GERSTE, Margrit. Aborto: uma ação contra o espírito da época. Revogar o parágrafo 218, ressurgem uma velha discussão. (artigo do jornal Die Zeit, 10 de outubro de 1986). In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 158. (grifos no original)

¹²⁴ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. II. A experiência vivida. / Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. p. 256.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 41.

Há graus de conservadorismo, assim como há graus de defesa do direito à autodeterminação da mulher quanto ao seu corpo. No primeiro grupo se encontram, por exemplo, aqueles que creem que o aborto é imoral até mesmo para salvar a vida da mãe (posição oficial da Igreja católica¹²⁶, mas minoritária em geral), uma vez que não se poderia impor hierarquia entre a vida da mãe e a vida do embrião – portanto, evidenciando a crença de que a vida humana tem início com a concepção. Há também aqueles que entendem que o estupro não pode ensejar a possibilidade do aborto, pois se estaria atingindo uma vida inocente por conta de crime cometido por terceiro. Grande parte dos conservadores abre exceções em caso de incesto e estupro, por exemplo. No segundo grupo, há quem entenda que apenas em casos em que a vida da mãe está em risco ou que a concepção tenha sido consequência de relação não consensual o aborto seria possível (posição pouco liberal); outros entendem que deveria ser de livre escolha da mulher até um prazo razoável, que permita a ela exercer seu poder de escolha, mas ainda assim estabeleça critérios com relação ao feto; por fim, há grupos minoritários que compreendem que não se pode ter qualquer restrição ao aborto, nem mesmo de prazo gestacional.

Quanto mais exceções são vistas como toleráveis, mais se pode perceber que a oposição conservadora ao aborto não parte do pressuposto de que o feto tem direito à vida. É contraditório impor a maternidade ainda que ela possa causar grandes distúrbios à vida da gestante ou de sua família, mas permitir o aborto em casos de crimes sexuais, cometidos por uma terceira pessoa. No entanto, no discurso conservador o que se evidencia é a utilização da inocência do feto no primeiro caso (livre escolha da mãe) e não no segundo (estupro). O discurso liberal, por sua vez, não decorre simplesmente da ideia de que o feto não é uma pessoa que tem direito à vida, mas enfatiza a condição da mulher, que teria algum direito sobre esse embrião que carrega.¹²⁷

Significa dizer, desse modo, que no discurso conservador, por vezes, não se incrimina a mulher em casos de estupro por entender que ela não teve

¹²⁶ PIERUCCI, Antonio Flavio. Estado Laico, Fundamentalismo e a busca da verdade. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 5-7.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 44.

domínio do fato gerador da gestação. Tal qual a coação irresistível prevista no Código Penal, art. 22, entende-se que a mulher não foi autora do fato – ela é inocente – e que a punição reside sobre a pessoa que causou a coação; é semelhante a interpretação nesse sentido. Se a relação sexual teve consentimento da mulher, ela seria responsável pelo fato gerador da gestação e não poderia interrompê-la, pois aqui o inocente é o feto gerado, que tem, na visão dos conservadores, um direito à vida intangível.

Na medida em que a discussão adentra na dualidade entre “vida” do embrião e “desejo” da mãe, o discurso anti-aborto mascara-se enquanto discurso de bem, pois é “pró-vida”, enquanto profundamente se revela enquanto controle do corpo e do desejo femininos. A noção de maternidade enquanto destino da mulher é evidenciada, na medida em que o “desejo de não ser mãe” é visto como impensável, digno de punição simbólica à mulher por sua negação. A mulher grávida é vista por sua condição, “na identidade da sacrossantificada maternidade em devir”, não em sua singularidade humana.¹²⁸

A noção de vida do embrião é tão acentuada que culmina na ideia de que ele não pertence ao corpo da mulher onde habita, inclusive com a discussão da forma de pertencimento, um estatuto do embrião – em que se considera excessivamente a vida do embrião, mas não a vida da mulher, como explica Catherine MacKinnon. “Argumenta-se na direção da potência do embrião como vida humana sem que se pense na vida da mulher”, que é reduzida ao seu corpo, cuja única relevante potencialidade é a de ser mãe. “Ela mesma, que é tratada como *mero corpo que pode gestar e parir*, não tem o direito de tratar o embrião como mero corpo que pode ser extraído do seu próprio por um ato de sua vontade”. A mãe é um meio de existência do embrião. Ao embrião são atribuídos cuidados metafísicos, seu corpo é espiritualizado e então superiorizado, impondo uma assimetria jurídica em relação à mulher, que não tem a mesma tutela senão na medida em que seu corpo é visto enquanto corpo de “mãe” – do contrário, é desespiritualizado e inferiorizado em relação ao feto. A mulher é vista como “responsável” pela gravidez, na medida em que optou por ter relações sexuais – o que se confirma com a legislação que autoriza o aborto em caso de estupro – e merecedora da “condenação” à gravidez, ainda que indesejada,

¹²⁸ TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 166.

enquanto consequência de seus atos, o que enaltece sua natureza irreflexiva e meramente corporal. O embrião está no cerne da gravidez, não a gestante.¹²⁹ Na visão de MacKinnon, o status político que tem o feto hoje demonstra que não há igualdade entre homens e mulheres.¹³⁰ A tentativa de se estabelecer proteção jurídica a um feto em detrimento aos direitos da mulher demonstra que, de fato, não se pode visualizar igualdade plena entre os gêneros.

Aspectos religiosos são frequentemente levantados em debates como o do aborto, ainda que o Estado seja laico. “O movimento antiaborto é liderado por grupos religiosos, utiliza uma linguagem religiosa, invoca Deus o tempo todo e frequentemente atribui uma grande importância à oração.” A vida humana é vista como a grande criação divina, enquanto a maternidade é uma dádiva, como a capacidade de compartilhar o dom da graça divina.¹³¹ A Igreja Católica se utiliza do argumento de santidade da vida humana, da alma espiritual de que ela é dotada, da concepção à morte, escapando à argumentação jurídica quanto à condição de pessoa do embrião. O documento oficial que dá suporte a tal entendimento, a Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação editada pela Sagrada Congregação para a Doutrina da fé, fala em respeito aos embriões humanos, que teriam direito à vida e dignidade desde o primeiro momento de sua concepção.¹³²

Dworkin avalia a inviolabilidade da vida humana defendida a partir dos argumentos religiosos pautando do valor intrínseco a ela atribuído, o que faz do aborto uma prática moralmente condenável sob tal perspectiva. A vida é importante por si mesma, pelo que representa e incorpora, uma vez que tenha começado é importante que se desenvolva. Há uma importância sagrada tanto no florescimento quanto na sobrevivência do ser humano, algo que se relaciona

¹²⁹ TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 167-171.

¹³⁰ MACKINNON, Catharine A. *Reflections on Sex Equality under Law*. The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue. mar., 1991. p. 1281. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/796693>. Acesso em 16.11.2015. (grifos no original)

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 50-51.

¹³² SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ – VATICANO. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html>. Acesso em 16.11.2015.

com a noção de um ente superior criador de todas as coisas e que “concede” a vida humana. As tradições religiosas predominantes na sociedade ocidental, de matriz monoteísta, defendem que Deus criou a humanidade à sua imagem, logo cada ser humano é uma representação do criador, tem um caráter divino. A representação secular dessa ideia é a noção de que o ser humano é o mais grandioso produto da criação natural. Por conseguinte, cada embrião humano seria triunfo de uma criação, divina ou natural (evolutiva), além de um triunfo do processo de reprodução humana, comumente chamado de “milagre”.¹³³

Desse modo, o “milagre da vida” teria início com a concepção, o que faria do aborto uma atrocidade praticada contra a divindade, que concede aos seres o direito à vida. A interrupção da gestação de uma vida humana representaria uma violação à representação de Deus – razão pela qual os religiosos insistem na defesa da proibição. Não se trata exatamente da defesa da vida, uma vez que por vezes a defesa do nascimento coloca em risco a vida da gestante. Os grupos religiosos se preocupam com o “direito de nascer”, de modo a proteger a figura miraculosa da concepção humana.

Em uma sociedade laica, com a determinação expressa de separação entre Estado e Igreja, a ideia de que a prática abortiva constitui um pecado não pode servir como proibição jurídica ao aborto.¹³⁴ Serve – e pode servir – como escusa pessoal para não o praticar, em si ou em outrem, a exemplo do médico que se recusa a realizar aborto em uma paciente por crer na santidade da vida. Não pode, no entanto, fundamentar a lei penal que impede que mulheres tenham liberdade quanto aos seus corpos. No entanto, há defesas laicas pró-nascimento, que se fundamentam na ideia de que não se pode matar, sob a lógica de que o embrião é uma pessoa, tem vida, e, portanto, essa vida é inviolável.

Uma defesa de caráter laico à ideia de que o aborto não seria moralmente defeso foi formulada por Norberto Bobbio em entrevista ao *Corriere della Sera* em 1981, às vésperas do referendo sobre o aborto na Itália. Declarou-se

¹³³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 99-117.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 50-51.

favorável ao “direito fundamental do concebido, aquele direito a nascer sobre o qual (...) não se pode transigir”. Reafirmando sua posição não-religiosa, questionou “que surpresa pode haver no fato de um laico considerar como válido em sentido absoluto, como um imperativo categórico, o ‘não matarás’. Pelo meu lado, fico estupefato que os laicos deixem aos crentes o privilégio e a honra de afirmar que não se deve matar”.¹³⁵

A recusa médica a realizar o procedimento pode se dar por argumentos laicos, uma vez que a formação científica dos médicos é pautada em um ideal de salvar a vida humana, sem contextualizá-la. As únicas questões a se considerar são as circunstâncias médico-científicas do paciente, algo de que o Juramento de Hipócrates trata: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte”.¹³⁶ O Juramento feito para adquirir o grau de médico explicitamente afasta a possibilidade de participação na prática abortiva, ao menos no que se refere a fármacos.

Poderia submergir interpretação de que os médicos favoráveis à prática abortiva violariam os ditos hipocráticos, mas tal compreensão seria apenas uma das possíveis, pautada exclusivamente na literalidade de um pequeno fragmento do texto. O Juramento fala em fazer o bem ao paciente, em não lhe causar dano. Por vezes, o melhor à paciente é interromper sua gestação, seja por razões biológicas ou psicológicas. Ademais, especificamente na determinação que impede o médico de dar a uma mulher substância abortiva, pode ser compreendida tanto em um sentido amplo (o já mencionado, que impediria completamente que o médico participasse de um procedimento abortivo), quanto pode ser lido no sentido de não prescrever tal medicação sem a vontade da paciente ou que, para determinado tratamento não relacionado com o aborto, não prescreva medicação que tenha este efeito. Por fim, a prática do aborto pode ser feita através de procedimento cirúrgico. O Juramento hipocrático não adentra

¹³⁵ CORRIERE DELLA SERA. Bobbio, La laicità: l'omaggio dei cattolici. Milão: RCS. jan., 2004. Disponível em: <<http://centrotobagi.altervista.org/avvenire5.html>>. Acesso em 16.11.2015.

¹³⁶ Juramento de Hipócrates. Conteúdo completo disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>>. Acesso em 16.11.2015.

nessa hipótese, pelo que se tem ambas as interpretações – pode-se compreender que o médico não poderia interromper uma vida humana ou que pode realizar o procedimento se significar fazer o melhor à paciente gestante. Moralmente há a possibilidade de defesa em ambos os sentidos.

O Código de Ética Médica Brasileiro, da mesma forma, permite interpretações morais em ambos os sentidos. O art. 1º estabelece que “a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza”, enquanto o art. 6º estabelece que “o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”¹³⁷ Pode-se defender, de um lado, que o dever de respeito pela vida humana sem discriminação importa na defesa do embrião, que é uma vida humana (e por alguns é visto como uma pessoa), impedindo que o médico pratique a interrupção de uma gestação que venha a acarretar a perda desta vida. De outro lado, o respeito pela vida humana deve ser colocado em benefício do paciente, de sua dignidade, de sua saúde, física e psicológica, o que faz entender que o aborto não é moralmente condenado pelo Código. O que se pode perceber é que, a depender do que se queira defender, é possível a utilização do Código de Ética Médica, pois ele não dá uma resposta final, mas sim princípios que devem orientar a atuação médica no país.¹³⁸

Há defesas laicas contrárias ao aborto também do ponto de vista jurídico, a partir da noção de defesa do nascituro, expressa no Código Civil brasileiro, que coloca a salvo os direitos do não nascido desde a concepção, mas não o considera pessoa, pois a personalidade civil tem início com o nascimento com vida. A perspectiva de que a personalidade civil não é atribuída ao nascituro é contestada por parte da doutrina, tanto nacional como estrangeira.

¹³⁷ Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/include/codigo_etica/prin_fun.htm>. Acesso em 16.11.2015.

¹³⁸ O Conselho Federal de Medicina anunciou, em 2013, apoio à interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/03/conselho-federal-de-medicina-anuncia-apoio-ao-direito-de-aborto-ate-a-12a>>. Acesso em 16.11.2015.

José Afonso da Silva manifesta-se brevemente contra o aborto, entendendo que o feto já tem vida humana. Assevera que há muitos recursos preventivos à gravidez, o que faria “injustificável a interrupção da vida intra-uterina que se não evitou”. Nos casos de exceção legal (risco à vida da mãe e violência sexual), entende justa a permissão, assim como em outros casos que a ciência médica aconselhar.¹³⁹

John Hart Ely, constitucionalista estadunidense, entende que o aborto é imoral e condenável socialmente. Em artigo avaliando a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que legalizou o procedimento, Ely demonstra sua posição pró-vida, que vê como uma opinião consensual na sociedade, condenando a ideia de se permitir a escolha ou a autonomia sobre o corpo feminino quando, em contrapartida, o que ocorreria seria o fim de uma vida. O autor assevera, assim, que “existe um consenso social que o comportamento envolvido [aborto] é revoltante ou de alguma forma imoral. (...) O aborto acaba com (ou, se é que faz alguma diferença, impede) uma vida humana para que outra faça uma escolha”.¹⁴⁰

Na visão do civilista Elimar Szaniawski, o Código Civil de 2002, “um código bastante conservador para o terceiro milênio”, traz a ideia de ser o embrião um sujeito de direitos e, conseqüentemente, ser uma pessoa, portadora de personalidade jurídica. O autor analisa que a doutrina brasileira dominante entende não ser o nascituro portador de personalidade, pois parte de uma análise literal do Código Civil, o que estaria equivocado em sua visão por conta de concepções da biologia e da medicina. Desde a concepção, o embrião seria um novo indivíduo com autonomia genético-biológica, o que faria dele uma pessoa. Szaniawski considera “menos conservadora” a doutrina brasileira que admite que o nascituro tem personalidade civil e entende que o codificador civil se filiou à teoria concepcionista, tutelando a vida desde a fecundação. Relacionando a inviolabilidade do direito à vida, garantida pelo art. 5º da Constituição, à igualdade de todos perante a lei sem distinção de qualquer

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 203.

¹⁴⁰ ELY, John Hart. *The Wages of Crying Wolf: a comment on Roe v. Wade*. The Yale Law Journal, vol. 82, n. 5 (April, 1973), 920-949. Disponível em: <http://walldorf.typepad.com/politics_economics_and_ot/files/wages_wolf.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

natureza, dois direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, e invocando ainda o art. 227 da Constituição, que dá especial proteção à criança, Szaniawski conclui que, ainda que o embrião não possa ser classificado como criança, teria a mesma proteção especial. Quanto ao aborto, entende correta sua alocação entre os crimes contra a vida no Código Penal, posição coerente com sua noção acerca da tutela do embrião.¹⁴¹

Luciano Dalvi Norbim, na mesma linha, entende que o nascituro é uma pessoa¹⁴² que está por nascer e como tal deve ser tutelado, além de afirmar que a proteção atribuída ao embrião não deve ser diferente da atribuída a uma pessoa já nascida. Sobre o aborto, diz que seria o mesmo que “um assaltante chegar na sua casa, entrar no seu quarto e aproveitar que você está dormindo para te matar, sem oportunidade de defesa”, já que o útero seria apenas um espaço onde o indivíduo “espera para passar a vida exterior”. Norbim vê o aborto como um ato cruel e, sobre o embrião, diz que “este esperava que qualquer um o matasse, mas nunca a sua própria mãe”.¹⁴³

O papel do corpo feminino para o desenvolvimento do feto é desconsiderado nessa visão. Ele é tido como um objeto que é utilizado pelo embrião para chegar ao momento de seu nascimento, desconsiderando o papel ativo do útero, sem o qual a reprodução humana não é possível. É uma visão estritamente focada no nascimento, na chegada do feto até o momento em que se torna plenamente uma pessoa, e que deixa de lado os direitos da mulher sobre seu corpo. Repise-se que Norbim chama o útero de “espaço”, não dando conta do fato de ser um órgão da mulher e de ser indispensável à vida do feto que abriga, ao menos até o ponto em que este se torne viável. É uma visão extremamente contrária à autonomia feminina do corpo e do direito à privacidade da mulher, uma vez que a objetifica.

¹⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. *O Embrião Humano: sua personalidade e a embrioterapia*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 46, 2007, p. 151-179.

¹⁴² Visões como as mencionadas acima tomam em consideração o conceito de “pessoa” em um aspecto biológico, olvidando que ele é, de fato, uma construção filosófica. A biologia tem condições de avaliar se há vida humana, mas, terminologicamente, é um erro tratar de pessoa em perspectiva biológica. Maurizio Mori tece a crítica aos grupos “pró-vida” que se fixam no que ele entende como um equívoco conceitual. [MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 43-47.].

¹⁴³ NORBIM, Luciano Dalvi. *O Direito do Nascituro à Personalidade Civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 41-43.

O discurso contrário ao aborto é um discurso de conteúdo objetificante da mulher, construído por homens e reproduzido por homens e mulheres, sem considerar a vontade feminina na relação com o seu próprio corpo. Tiburi vê as mulheres enquanto vítimas de um “cinismo masculinista”, em que o evidente interesse de não permanecer grávidas contido na prática do aborto acaba sendo traduzido enquanto um tabu, mantendo-se a mulher enquanto um “sujeito enganado” que não tem capacidade de exercer suas liberdades. O discurso contrário ao aborto, desenvolvido de um ponto de vista masculino, é por vezes apropriado por mulheres sem questionar os interesses que os fazem desenvolver e suplantando a própria opressão. O discurso da moralidade (ou da imoralidade da prática) dá forças à Igreja e a grupos conservadores contra a questão básica da mulher em relação ao seu corpo e à sua própria vida. A autora entende que um lema subterrâneo desse discurso seria “abortamos as mulheres para que elas não abortem”, o que significa que as mulheres são afastadas do debate ou influenciadas por noções concebidas por homens, sem questionamentos.¹⁴⁴

Não é consenso entre as feministas que invocar a privacidade seja o melhor modo de tutelar a possibilidade de escolha da mulher. Catharine MacKinnon entende que colocar assuntos sexuais enquanto conteúdo da privacidade poderia determinar que o Estado não tem razão em tutelar questões tais como o estupro marital e a violência doméstica, pois a questão seria privada à vida do casal e, assim, externa à intervenção do poder público. No aspecto estatal, considerar o aborto uma questão de privacidade poderia determinar que não houvesse financiamento público a ele, mesmo no caso de mulheres pobres.¹⁴⁵

Dworkin afirma que, como as mulheres são frequentemente dominadas pelos homens, é importante que elas tenham o direito constitucionalmente garantido de regular seus corpos, o que para ele pode ser tutelado por meio do direito à privacidade em sua visão. Ele discorda dos argumentos de MacKinnon,

¹⁴⁴ TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 164-166.

¹⁴⁵ MACKINNON, Catharine A. *Reflections on Sex Equality under Law*. The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue. mar., 1991. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/796693>. Acesso em 16.11.2015.

pois o sentido da privacidade abordado na sentença seria diferente. A privacidade pode remeter a um espaço (residencial, por exemplo) ou a uma questão de confidencialidade, mas, no caso do aborto, tem um terceiro significado: soberania quanto a decisões pessoais.¹⁴⁶ Desse modo, a privacidade não impede que o Estado proteja mulheres de abusos cometidos contra elas em seu espaço privado, tampouco impõe qualquer questão relacionada à confidencialidade. A privacidade permite que a mulher tome decisões quando ao seu corpo de forma plena e sem interferências.

Michael Perry avalia que a descriminalização do aborto assegura, em uma sociedade democrática e com diversidade de opiniões, a liberdade das mulheres como agentes morais livres. Uma lei que criminalizasse o aborto estaria atribuindo tratamento discriminatório às mulheres, uma vez que não atingiria do mesmo modo os homens, mesmo que, por exemplo, tenham sido eles que tenham tomado a decisão, ou dela participado, ou ainda, em última análise, concorrido para a realização do resultado gravidez. Para se alcançar a igualdade e não incorrer em tratamento discriminatório contra um grupo, garantir a autonomia da mulher sobre seu corpo é necessário.¹⁴⁷

O consentimento é essencial, seja na relação sexual (gravidez resultante de estupro pode ser interrompida), seja na continuidade da gestação, pois depende do corpo feminino. O consentimento da gestante na prática do aborto por um terceiro, por exemplo, reduz a pena do agente – o aborto sem consentimento tem pena de três a dez anos (art. 125 do Código Penal) e com consentimento a pena cai para um a quatro anos (art. 126 do mesmo regramento). A mulher não poderia servir de meio de o embrião tornar-se bebê sem que desse seu consentimento, pautado por um desejo próprio. Negar o aborto é fazer da mulher um meio a um fim com o qual ela não concorda – e não consente – o que não seria ético ou moralmente tolerável. A escolha não cabe ao embrião: ele é mera potência de existência, submetido à potência do desejo ao seu redor, mas sem capacidade de linguagem ou de desejo. A não submissão do embrião à falta de desejo de maternidade – em outros termos, a submissão

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 71-75.

¹⁴⁷ PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts: law or politics?* Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 183-184.

da mulher à maternidade ainda que sem consentimento e vontade – denota uma lógica de soberania do embrião e “escravidão da mulher”. A questão do aborto, portanto, sinaliza que a liberdade das mulheres está sempre vigiada, confinada em uma estrutura social de dominação pelos homens.¹⁴⁸

É interessante a defesa do aborto elaborada por Judith Jarvis Thomson no que diz respeito ao consentimento. Considerando a premissa conservadora de que o feto é uma pessoa, com a qual a autora não concorda, Thomson trabalha com uma situação hipotética para demonstrar o quanto uma gravidez indesejada pode ser invasiva ao corpo da mulher. Assim, o feto é uma pessoa com direito à vida e a mãe é uma pessoa com direito ao seu próprio corpo. Ela induz o leitor a imaginar que acordou em uma manhã e estava em uma cama, amarrado a um violinista famoso e inconsciente, que sofre de uma doença renal e apenas o leitor tem o tipo sanguíneo compatível para ajudá-lo. O leitor fora raptado pela Sociedade de Amantes da Música e teve o sistema circulatório do violinista ligado ao seu – seus rins, portanto, filtrando ambos os sangues. Desligar importaria matá-lo, mas seria necessário que ele ficasse interligado ao corpo do leitor por um período de nove meses, quando então seria seguro separar os dois e o violinista estaria curado de sua doença. Todas as pessoas têm direito à vida, violinistas são pessoas; todas as pessoas têm direito a decidir o que acontece com seus corpos; o leitor é também uma pessoa. No entanto, o direito à vida de uma pessoa é de maior relevância do que o direito à autonomia do corpo, então o leitor deveria aceitar que o violinista ficasse ligado a ele ao longo do período estipulado. Nesse caso, foi um sequestro, então não há consentimento. Thomson relaciona a situação ao caso de gravidez indesejada por estupro, em que se poderia argumentar que, devido à falta de consentimento, se poderia abrir uma exceção ao direito à vida. Mas aí o que se estaria dizendo é que todos têm direito à vida, mas alguns têm menos direito à vida, a exemplo daqueles que foram gerados em razão de um estupro.¹⁴⁹

Maurizio Mori, fazendo uma leitura do raciocínio de Thomson, esclarece que se a premissa for de que o feto já é uma pessoa, deve-se admitir que a

¹⁴⁸ TIBURI, Márcia. *Aborto como metáfora*. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 168 e p. 171-175.

¹⁴⁹ THOMSON, Judith Jarvis. *A Defense of Abortion*. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, no. 1 (Fall 1971). p. 1-2.

situação dele é análoga à do violinista, uma vez que ambos são incapazes de viver autonomamente e devem permanecer ligados ao corpo da mulher (ou do leitor) para sobreviver – e nos dois casos o ato de cortar essa ligação provocaria a morte da pessoa ligada. O que se examina é se a pessoa que garante a vida da outra – o que se admite apenas para o desenvolvimento do argumento, pois o entendimento é de que o feto não é uma pessoa – tem ou não o dever estrito que torna moralmente ilícito interromper a ligação e, desse modo, determinar a morte alheia. Haveria um dano, de fato, em se interromper a ligação, mas o ponto é se há um direito violado ou uma injustiça perpetrada contra a pessoa ligada ao corpo de outra e que não sobrevive autonomamente.¹⁵⁰

Thomson prossegue então com as hipóteses relacionadas. Se a gravidez pode determinar a morte da mãe ou dano grave à sua saúde, então não seria moralmente tolerável que ela fosse compelida a prosseguir. O aborto seria uma opção viável – ou, no caso hipotético, o leitor teria o direito de se desligar do violinista para salvar sua vida, em legítima defesa. O direito à vida envolveria também um direito a um mínimo para continuar vivo, pelo que a autora questiona quando esse mínimo é algo a que a pessoa não tem direito (o exemplo é se a pessoa tem uma febre e a única coisa que pode curá-la é a mão de Henry Fonda em sua testa). Há casos em que seria razoável, mas ainda assim não coloca a pessoa no direito a receber o tratamento; seria uma gentileza permitir que o violinista usasse os rins do leitor, mas não o colocaria no direito a usar os rins. O argumento elaborado é o de que ter direito à vida não garante o direito a usar ou continuar usando corpo alheio, ainda que seja um pressuposto para a manutenção dessa vida.¹⁵¹

Há uma faculdade de interromper a ligação entre leitor e violinista, pois “o direito à vida não impõe o dever estrito de ajudar uma pessoa a viver quando esta fosse fisicamente incapaz de fazê-lo sozinha” e, dada a simetria dos casos do violinista e do feto, a conclusão de Mori, no mesmo sentido de Thomson, é

¹⁵⁰ MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto*: sacralidade da vida e novo papel da mulher. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 70.

¹⁵¹ THOMSON, Judith Jarvis. *A Defense of Abortion*. Philosophy & Public Affairs, vol. 1, no. 1 (Fall 1971). p. 2-7.

de que a mulher não infringe o direito à vida do feto quando pratica o aborto e interrompe seu ciclo de desenvolvimento.¹⁵²

A questão a ser respondida é no caso de gravidez não decorrente de violência sexual e que não coloca em risco a vida materna. Thomson faz uso de outra história: a pessoa está em casa em um quarto abafado e abre a janela, quando um assaltante entra pela janela. Seria absurdo dizer que, porque a janela estava aberta e se deu espaço ao assaltante, ele poderia ficar na casa e a pessoa que abriu a janela seria responsável pela situação. E se a pessoa tivesse grades de proteção instaladas em sua casa e ainda assim um assaltante entrasse, em razão de uma falha nas grades, seria a pessoa responsável?¹⁵³ Pode soar insensível comparar um bebê a um assaltante, mas o que a autora almeja é demonstrar a lógica em se impedir que a mulher possa decidir por si mesma. Seja por negligência ou por falhas que independem da responsabilidade ou da vontade da mulher, ela não deveria ser obrigada a uma situação relacionada ao seu corpo com a qual não está de acordo.

Thomson analisa, por fim, casos em que vê como moralmente indecente desligar-se do violinista: caso ele precisasse dos rins do leitor por apenas uma hora e isso não importasse em risco ou dano à saúde do leitor, seria indecente recusar-se. O violinista não teria direito ao corpo do leitor, de todo modo. Tratar a questão partindo do “direito” é uma escolha infeliz, pois ainda que seja imoral não “emprestar” os rins por um período tão curto de tempo, não há qualquer direito do violinista envolvido, então negar o uso dos rins não seria, para a autora, injusto. Do mesmo modo com a gravidez: se está próxima do fim, se o feto está próximo de se tornar viável, então é imoral que a mulher se recuse a levar a termo a gestação; ainda no início, quando tem todo o percurso de nove meses ou pouco menos pela frente, poderia tomar a decisão baseada em seu corpo, seus interesses e perspectivas. Thomson utiliza a noção bíblica do Samaritano, parábola que narra o caso de um homem que ajuda outro, agredido e assaltado, em uma estrada, ainda que outros homens tenham passado por ele e se recusado a ajudar. O bom Samaritano é aquele que vai além do razoável para

¹⁵² MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto*: sacralidade da vida e novo papel da mulher. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 71.

¹⁵³ THOMSON, Judith Jarvis. *A Defense of Abortion*. Philosophy & Public Affairs, vol. 1, no. 1 (Fall 1971). p. 7-8.

ajudar e salvar o outro; o Samaritano “meramente decente” é o que faz o razoável. Exigir, por exemplo, que a mulher leve a gestação a cabo para que a criança fosse colocada em adoção seria fazer dela uma boa Samaritana e seria exigir demais de seu corpo e seu psicológico. No entanto, se ela está próxima do fim da gestação, por outro lado, seria minimamente decente que permitisse que o bebê nascesse, pois em pouco tempo ambos os corpos serão independentes um do outro. Note-se que, ao longo de toda a suposição, ela parte do pressuposto defendido pelos conservadores de que o feto é uma pessoa, com o qual não concorda, mas o faz para demonstrar que ainda que assim o fosse ele não teria um direito a se utilizar do corpo da mulher sem que ela consentisse. A conclusão de Thomson é que um aborto nos estágios iniciais da gravidez não implica na morte de uma pessoa. Ademais, em nenhum outro caso as leis penais obrigam indivíduos que não foram condenados por nenhum crime a sacrificar sua integridade física para preservar a vida de outros, principalmente uma vida em potencial, que não guarda o status de pessoa.¹⁵⁴ Por outro lado, caso não se sacrifique a integridade física individual, incorre a pessoa em crime. O paradoxo é evidente.

Uma observação tecida por Mori é a crítica relacionada ao vínculo biológico que se estabelece entre mulher e feto, o que não se verifica entre o violinista e o leitor – uma diferença tida por alguns como decisiva entre as situações. O “estranho” não teria a necessidade de manter a ligação que permite a continuidade da vida do violinista, mas a gestante, “mãe” do feto, teria. Esse apelo à biologia é um retorno ao “dever” de respeito às funções corporais, à maternidade como algo intrínseco à mulher. Entretanto, a diferença mais significativa estaria no consentimento. O leitor não consentiu com a relação que se estabeleceu, via sequestro, entre ele e o violinista; por outro lado, entende-se que a mulher consentiu em ter relações sexuais. Quando ela faz uso de contraceptivos e eles falham, a leitura é de que a tecnologia falhou com a mulher e a colocou naquela situação; quando há negligência com o uso do contraceptivo, isso é visto como um consentimento implícito à gravidez – se

¹⁵⁴ THOMSON, Judith Jarvis. *A Defense of Abortion*. Philosophy & Public Affairs, vol. 1, no. 1 (Fall 1971). p. 8-12.

comparada à situação da pessoa que deixa uma janela aberta e é assaltada, percebe-se não ser adequada tal interpretação.¹⁵⁵

A duração e a qualidade da vida humana são igualmente avaliadas por Dworkin quando trata da moralidade do aborto. “Se a perda de vida fosse medida apenas em termos cronológicos, por exemplo, um aborto na fase inicial da gestação seria um insulto ainda pior à santidade da vida do que um aborto tardio. Mas a maioria das pessoas defende a tese contrária: a de que quanto mais tarde se fizer o aborto – quanto mais a forma do feto lembrar uma criança –, tanto mais condenável será sua prática.” A ideia de tempo de vida desperdiçado, logo, não é valor fundamental para justificar limitações ao aborto. Por outro lado, quando uma vida humana já foi iniciada plenamente (com o nascimento), sua interrupção equivale à frustração de uma aventura que já teve início. A constatação de má formação genética seria outra forma de frustração da vida, que pode gerar a necessidade de decisão entre se pôr fim à vida de forma prematura ou adiar a morte, sob ciência das dificuldades enfrentadas a seguir, ambas situações de frustração. Aos conservadores, é clara a opção pela segunda hipótese, enquanto os liberais se filiam à primeira, mas há toda uma escala entre uma e outra solução, a depender do problema que se enfrente. Há que se considerar a noção de investimento humano na vida, que envolve escolhas pessoais, formação, envolvimento, decisão, e que se desenvolve com o passar do tempo. Nesse sentido, quanto mais tempo se passa, maior é o valor – o que justifica que o aborto realizado nos primeiros momentos da gestação é moralmente aceitável, mas não o é o aborto realizado quando o feto já é viável.¹⁵⁶

Ainda na visão de Dworkin, considerando-se o feto como uma pessoa, a exceção que permite aborto em caso de estupro é mais difícil de justificar do que a que protege a vida da mãe, uma vez que não há razão para se privar um feto de seu direito de viver e obriga-lo a pagar com a própria vida por um crime cometido por outra pessoa. Porém, quando a questão é examinada a partir da ideia de investimento na vida humana, tem-se que o estupro é uma “terrível

¹⁵⁵ MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 73-74.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 120-130.

profanação do investimento feito pela vítima em sua própria vida”, um ato que reduz a mulher a um objeto – e exigir que ela leve ao fim uma gestação concebida no contexto de tamanha agressão é destrutivo à sua realização pessoal.¹⁵⁷

Há questões paralelas à moralidade que são também utilizadas na defesa da regulamentação do aborto. A obra *Freakonomics*, de Steven Levitt e Stephen Dubner, que examina consequências inesperadas e pouco perceptíveis de questões diversas (por vezes a intervalos longos de tempo entre causa e a consequência examinada pelos autores), adentra na temática do aborto. Examinando a rápida e repentina queda nos índices de criminalidade estadunidenses nos anos 1990, os autores chegam à conclusão de que as alterações não tinham relação com a melhora da economia, com o aumento do policiamento, ou com a redução do desemprego, mas sim com a decisão em *Roe v. Wade*, que autorizou a prática abortiva em todos os cinquenta estados. A parcela de população adolescente não aumentou na época examinada, ainda que o crescimento populacional fosse contínuo. Concluem os autores que, quando uma mulher não deseja o filho a ponto de recorrer ao aborto, ela teria razões para isso, teria a percepção de que não poderia dar as melhores condições à criança. Assim, as crianças “não nascidas” em razão da decisão da Suprema Corte (os fetos que foram abortados a partir da descriminalização da prática) teriam maior probabilidade de incorrer na criminalidade ao alcançar a adolescência. O perfil feminino visto como mais provável de se beneficiar com a sentença é o da mulher pobre, solteira com menos de vinte anos; o perfil dos filhos não nascidos indicava uma alta probabilidade para a criança ser criada por apenas um dos genitores e de viver na pobreza, fatores determinantes, segundo o estudo, para a inserção na criminalidade. “O aborto legalizado resultou num número menor de filhos indesejados; filhos indesejados levam a altos índices de criminalidade. A legalização do aborto, assim, levou a menos crimes.” Os autores reconhecem que as observações podem levar à descrença e repulsa, mas

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 130-134.

insistem que a queda da criminalidade foi um “benefício acidental” da legalização do aborto pela Suprema Corte dos Estados Unidos.¹⁵⁸

Os custos ao Sistema Único de Saúde relacionados a atendimentos emergenciais a mulheres submetidas a procedimentos de aborto clandestinos também são utilizados como defesa da regulamentação da prática. Ennio Candotti, em 2004, relatava que o SUS atendia em média 244 mil internações motivadas por curetagens pós-aborto anualmente¹⁵⁹, segundo dados do Ministério da Saúde¹⁶⁰, o que, a seu ver, seriam “dimensões de um sofrimento que políticas públicas serenas poderiam evitar”.¹⁶¹ Em 2013, segundo o Jornal O Globo, teriam ocorrido 200 mil internações para curetagem, sendo 150 mil em razão de aborto induzido; considerando-se o valor médio da diária de uma internação no SUS (R\$ 413,00) e que as pacientes ficam, em geral, internadas por um dia, o gasto seria no valor de R\$ 63,8 milhões por conta dos abortos induzidos. Com o procedimento de curetagem, seriam mais R\$ 78,2 milhões (R\$ 411,00 por procedimento), perfazendo um total mínimo de R\$ 142 milhões.¹⁶²

¹⁵⁸ DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven. Onde foram parar todos os criminosos? Onde separamos os fatos da ficção, no caso da criminalidade. In: DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. As revelações de um economista original e politicamente incorreto. Tradução de Regina Lyra. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 119-147.

¹⁵⁹ O Instituto Alan Guttmacher estimou em 1991 que o Brasil tinha entre 700 mil a 1,4 milhão de abortos voluntários, considerando o depoimento e a vivência de profissionais que afirmam que a maioria das internações por aborto é consequência de abortos provocados ou iniciados clandestinamente. O número de mulheres que chegam a ser internadas representa apenas de um terço a um quinto das mulheres que tiveram abortos voluntários e não chegaram aos hospitais. Sob a mesma metodologia, as Sonia Corrêa e Angela Freitas propõem cenários que variam do fator de correção de 3,5 a 5 abortos clandestinos para cada internação para curetagem pós-aborto do SUS. Em nível mundial, a estimativa da Organização Mundial da Saúde é de 55 mil abortos inseguros diariamente, 95% destes em países em desenvolvimento, provocando a morte de mais de 200 mulheres por dia em decorrência da insegurança dos procedimentos. Significa dizer que em torno de 77 mil mulheres morrem anualmente em razão de abortos mal realizados. [REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE E DIREITOS REPRODUTIVOS – RedeSaúde. *Dossiê Aborto Inseguro*. Direito de decidir sobre o aborto: uma questão de cidadania e democracia. Disponível em: <http://www.observatorio.degenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e-publicacoes/dossie-aborto-inseguro/at_download/file+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 16.11.2015; EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 147].

¹⁶⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher*. Março, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁶¹ CANDOTTI, Ennio. Na Terra como no céu. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 57-62.

¹⁶² O GLOBO, 19 de setembro de 2014. *Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil mulheres a cada ano*. Interrupção da gravidez é quinta maior causa de morte materna. Por Carolina Oliveira Castro, Dandara Tinoco e Vera Araújo. Disponível em:

Os atendimentos dessa natureza inferiores a 24 horas no Sistema Único de Saúde têm custo médio unitário de R\$ 125,00, totalizando R\$ 29,7 milhões, tomando como base os dados do Dossiê Aborto, desenvolvido pela Rede Feminista de Saúde em 2005 (e que tem por base o número de 238 mil atendimentos por curetagem anuais). Esse valor desconsidera internações superiores a 24 horas, pacientes que necessitam de cuidados em Unidade de Tratamento Intensivo e as internações prolongadas para tratar as frequentes infecções. Não conta, tampouco, com os valores adicionais necessários para atender às sequelas, cujos dados são insuficientes para se ter uma estimativa razoável.¹⁶³ Ainda, um estudo realizado pelo Instituto do Coração com base em dados do Datasensus de 1995 a 2007 concluiu que a curetagem pós aborto é o procedimento cirúrgico mais realizado na saúde pública do país.¹⁶⁴

Objetivamente, significa dizer que são altos os custos dos abortos clandestinos ao Sistema Único de Saúde, seja por conta das curetagens, seja em razão das internações, que acabam se fazendo necessárias. O procedimento legalizado diminuiria o número de internações e de outros custos relacionados a atendimentos emergenciais a pacientes que passaram por abortos inseguros.

Robin West entende, em outro viés, que menos gestações indesejadas ocorreriam se homens e mulheres fossem encorajados a condutas sexuais mais responsáveis, o que importaria em um menor número de abortos voluntários – e esse seria um comportamento moralmente recomendável que fugiria a uma obsessiva fixação em direitos que envolvem a questão, nas palavras do autor. West entende que os grupos pró escolha devem reconhecer que os parceiros que não desejam a concepção têm um dever moral de usar métodos contraceptivos, além de entender que tais grupos estiveram mais concentrados no direito aos contraceptivos do que no dever de usá-los – um código moral necessário seria reconhecer que heterossexuais que não desejam ter filhos devem prevenir-se do modo adequado. Na visão do autor, o foco deveria estar

<<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulhere-s-cada-ano-13981968>>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁶³ REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê Aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê*. – Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

¹⁶⁴ O ESTADO DE S.PAULO, 14 de julho de 2010. *Curetagem após aborto é a cirurgia mais realizada no SUS, revela estudo*. Por Karina Toledo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,curetagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo-imp-,580854>>. Acesso em 16.11.2015.

em programas de educação sexual e políticas públicas adequadas para impedir a gravidez indesejada. As mulheres precisam de escolha reprodutiva e melhor suporte para que se atinja uma verdadeira justiça reprodutiva, pois a questão vai além da não interferência do Estado no corpo da mulher e engloba toda a vida da mulher. West vê a questão com uma solução pragmática, a partir da prevenção adequada.¹⁶⁵ O que o autor desconsidera são as falhas potenciais de todos os métodos contraceptivos, tanto de barreira quanto fármacos.

Essas questões (redução da criminalidade, custos dos procedimentos ao SUS e utilização de métodos contraceptivos) são adjacentes à justificação moral do aborto, não se destinam a tal finalidade. As razões fundamentais que compreendem os aspectos morais da prática envolvem a privacidade, a autonomia da mulher, a capacidade de autodeterminação feminina, a relação de dependência e mesmo de pertencimento do feto em relação à mulher, e, em essência, uma perspectiva de igualdade entre os gêneros. A tentativa de qualificar juridicamente o feto de igual modo em relação à mulher – ou com ainda mais proteção – evidencia a posição subalterna que o feminino ocupa socialmente, especialmente quanto ao domínio do próprio corpo.

A defesa da legalização do aborto pode, por vezes, ser vista como um desprezo pela vida e também como eugenia no que diz respeito a pessoas com deficiências e más formações genéticas. Dworkin entende que há um erro duplo em tal interpretação; o primeiro deles ao se confundir a tragédia inerente relacionada ao desenvolvimento dessas pessoas e a garantia de direitos de pessoas que estão vivas e ao modo como devem ser tratadas. O segundo erro é a confusão na defesa pela legalização do aborto com uma suposta intenção de que pessoas com deficiência morressem, duas questões que não guardam relação. Os liberais têm muita preocupação com o investimento humano na vida, o que os leva à defesa dos direitos da mulher em primeiro lugar. “Uma criança cujo nascimento frustrasse as possibilidades da mãe de realizar sua própria vida, ou que ponha em risco a capacidade da mãe de cuidar do resto de sua família, está sujeita, exatamente por esse motivo, a ter uma vida mais cheia de frustrações.”

¹⁶⁵ WEST, Robin. *From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights*. 118 Yale L.J. 1394 (2009). Yale Law Press, vol. 118, n. 7, may 2007, p. 1394-1432. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/from-choice-to-reproductive-justice-de-constitutionalizing-abortion-rights>>. Acesso em 16.11.2015.

Pautando-se essencialmente o investimento feito na vida humana, a vida da mulher gestante já teve mais investimento que a vida (se assim se entende) do feto, pelo que a preferência liberal é pela defesa da escolha.¹⁶⁶

A mulher obrigada a ter um filho por falta de legislação que a assegure a possibilidade de abortar não é dona de seu próprio corpo, mas está sujeita a uma espécie de escravidão, nas palavras de Dworkin. A adoção não acaba com os prejuízos, pois envolve sofrimentos emocionais severos. Segundo o autor, essa condição acaba gerando traumas às mulheres, que se sentem entre a tarefa de criar um filho indesejado, dá-lo à adoção (com implicações emocionais) ou, ainda, contrariar o direito penal e arriscar a própria vida em procedimentos clandestinos.¹⁶⁷

A mulher não poderia ser compelida a gestar um feto por nove meses e dar à luz uma criança indesejada. O ônus recai exclusivamente sobre o corpo feminino, além das implicações psicológicas a que a mulher que gesta uma criança que não deseja está submetida. Pautar a vida do feto em detrimento de todo o contexto em que está inserida a mulher serve a satisfazer os argumentos dos defensores do nascimento. No entanto, tal percepção falha em garantir os direitos fundamentais das mulheres, colocando-as em condição subalterna e inferior às de um embrião, um ser incompleto, que não está totalmente formado e que não tem personalidade civil.

A questão é, portanto, se a lei pode decidir quais valores intrínsecos a se proteger para além da diversidade moral e cultural da sociedade e, com isso, impedir que metade da população possa realizar escolhas individuais sobre seus corpos que levem em consideração valores e convicções próprios. É nesse ponto que reside o respeito à autonomia reprodutiva da mulher, pautada pela liberdade e privacidade, uma vez que diz respeito ao corpo feminino. Considerando-se que o feto não é uma pessoa, como assevera Maurizio Mori, “o aborto permanece como um delito sem vítima”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 135-140.

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 143.

¹⁶⁸ MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 33.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, tomando em consideração as implicações sobre a integridade física e psíquica da mulher, além do direito a determinar o próprio corpo, “o aborto também deve ser considerado como uma questão de *igualdade*, pois como apenas mulheres carregam o ônus integral da gravidez, o direito a interrompê-la coloca-as em uma posição equivalente à dos homens”. A mulher deve ter a liberdade de decidir por si mesma, nos limites da autonomia. O feto depende da mãe, não o contrário, de modo que, se prevalecesse a “vontade de nascer” do feto, a mulher estaria instrumentalizada, não seria um fim em si mesma, mas um meio para a satisfação de vontade alheia.¹⁶⁹

Sendo lícito o aborto, a mulher não estaria mais ligada à noção de uma natureza teleológica imanente, impondo-lhe a maternidade e suas funções reprodutivas, mas sim seria livre para dispor de seu corpo. A satisfação das exigências pessoais da mulher passaria a ter prioridade sobre uma “ordem natural”, que não permite sua autonomia. A maternidade passa a ser uma escolha e remete à discussão do papel da mulher na sociedade (ao contrário do que ocorre quando a maternidade é imposta como algo natural, pois então a mulher é vista como mãe antes de sua realização profissional, pessoal, social). Com a autonomia corporal, a possibilidade de escolher a maternidade e de interromper a gravidez quando indesejada, a mulher deixa de ser “em primeiro lugar” (ou “apenas”) mãe e passa a ser vista como uma pessoa com múltiplos papéis e possibilidades. É nessa perspectiva que a legalização do aborto importa em um ideal de igualdade, que permite à mulher ter as mesmas oportunidades sociais do homem. A renúncia à noção de sacralidade da vida do feto e assunção do ideal pró escolha é uma mudança no tipo de moralidade, que Mori vê como um fato crucial da vida social, uma “escolha de civilização”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Luís Roberto Barroso; tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100-101. (grifos no original)

¹⁷⁰ MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 85-87.

3. DIAGNÓSTICO DA REALIDADE BRASILEIRA ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS – Constituição, religião e movimentos sociais em disputa

A influência religiosa no Brasil é inegável. Laico formalmente desde 1890, o país sofre, ainda hoje, com elementos cristãos em órgãos públicos (crucifixos, por exemplo) e com a constante interferência de discursos de cunho religioso, católico e protestante, em questões políticas, a exemplo das corridas presidenciais, em que os candidatos que aparecem com reais chances de eleição nas pesquisas evitam entrar em determinados temas por temer a reação dos grupos religiosos. Um exemplo é o aborto, tema que permanece um tabu.

Em 1987, ao longo dos trabalhos de elaboração da nova Constituição, uma Bíblia foi colocada sobre a mesa por decisão unânime dos parlamentares. A “proteção de Deus” do preâmbulo gerou discussão e propostas em sentido diverso, mas prevaleceu a referência a um “Deus” monoteísta no parágrafo inicial da Constituição de 1988, um conteúdo simbólico relevante (ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que o preâmbulo não é norma constitucional).

A questão do aborto enfrenta rejeição desde a Constituinte. Trazido ao debate pela Igreja Católica, a intenção era proibi-lo em qualquer hipótese, contando com o apoio de representantes evangélicos. Houve articulação do movimento de mulheres em sentido oposto, propondo a liberação do aborto. No entanto, prevaleceu uma posição intermediária, em que não se permitiu nem se proibiu a prática em absoluto.

Os direitos reprodutivos, relacionados ao livre exercício da sexualidade e reprodução humana, foram assumindo papel central no movimento feminista brasileiro, notadamente a partir da década de 1980. O resultado foi tornar pública a discussão sobre o aborto. A defesa do controle da mulher sobre o próprio corpo é contraposta à noção de que o feto seria uma pessoa inocente que teria direito à vida. Vários grupos de mulheres centraram-se nesse debate, a exemplo de Católicas pelo Direito de Decidir.

O Código Penal data de 1940 e foi promulgado no período do Estado Novo, em que o Congresso Nacional estava fechado. Ele é dotado de expressões que depreciam a figura feminina, como “mulher honesta” constante nos art. 215 e seguintes da lei penal. No que diz respeito ao aborto, previu que

seria crime, salvo duas exceções: quando a vida da mãe está em risco ou quando a gestação é produto de estupro. Assim, várias propostas legislativas foram formuladas em ambos os sentidos, para proibir definitivamente (inclusive com a restrição das hipóteses permitidas legalmente, a partir da proteção da vida desde a concepção enquanto algo inafastável) e para permitir em todos os casos (com restrições de tempo), especialmente a partir da redemocratização do país, na década de 1980. A Igreja Católica não se afastou do debate.

O Senado Federal conduziu uma série de audiências públicas para tratar do tema, com participação de religiosos, grupos da sociedade civil e profissionais da área médica.

No direito internacional, a preocupação com a saúde sexual e reprodutiva da mulher foi pautada em convenções, como as Conferências Internacionais sobre População e Desenvolvimento e sobre a Mulher. Sob o lema de que não há direitos humanos sem a proteção dos direitos da mulher, o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher focou-se em pôr fim às desigualdades entre homens e mulheres. O Brasil é signatário de uma série de documentos internacionais que preveem a possibilidade de aborto e o fim do tratamento depreciativo dado às mulheres.

É relevante observar outras realidades nesse tema. Nos Estados Unidos da América, a permissão ao aborto foi dada pela Suprema Corte, com a famosa decisão *Roe v. Wade*, de 1973. A partir do princípio da privacidade, derivado da cláusula do devido processo, entenderam os julgadores que a mulher deve tomar a decisão por si, em razão de ser um tema de sua vida privada. Nessa decisão, a Corte determinou que o aborto deveria ser livre nos três primeiros meses, e poderia ser livre nos três meses subsequentes (a critério da legislação dos estados). Outras decisões posteriores restringiram tais parâmetros em alguma medida, como em *Maher v. Roe* e em *Planned Parenthood v. Casey*. Prevalece a noção de que as restrições não podem ser indevidas, tampouco podem impedir que a mulher exerça seus direitos.

É o desenvolvimento desses temas, buscando evidenciar a influência dos argumentos religiosos no espaço público brasileiro, a reação do movimento feminista na luta por direitos sexuais e reprodutivos e as tentativas de alteração legislativa no país, que será abordada na sequência, abordando, também, os argumentos da paradigmática decisão estadunidense que informam o debate.

3.1. Estado laico, protegido por Deus – A Constituição de 1988 quanto à separação entre Estado e religião e os movimentos na Constituinte

O Estado brasileiro é laico desde a Constituição de 1891, com a imposição da separação total entre poder secular e religioso pelos republicanos na Constituinte de 1890 e depondo o governo imperial e a confusão entre o sacro e o laico que persistia até então.¹⁷¹ A laicidade do Estado é garantida pelo art. 19, I, da Constituição, mediante a vedação do estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, assim como de qualquer interferência ao funcionamento de igrejas. “Atualmente, a relação entre o Estado brasileiro e as religiões é de separação e colaboração.”¹⁷²

É necessário que, inserido no paradigma do Estado democrático de Direito, seja laico o Estado, pois não é razoável que os valores de uma única fé sejam acolhidos de forma impositiva e unilateral, por mais que possua um grande número de praticantes. As liberdades democráticas dependem da “neutralidade” do Estado em relação às religiões. “Assim, ao Estado laico cabe garantir a toda sociedade o exercício da liberdade de consciência e o direito de tomar decisões livres e responsáveis, respeitando, assim, a existência de uma sociedade plural e igualitária”, com a devida proteção à diversidade de pensamento e com tolerância.¹⁷³ Há especial interesse na separação entre Igreja e Estado para John Rawls, a saber: ela protege Estado da religião e religião do Estado, além de proteger os cidadãos de suas igrejas e os cidadãos entre si.¹⁷⁴

O Estado laico é a garantia essencial ao pleno exercício dos direitos humanos, pois do contrário, como bem destaca Flávia Piovesan, uma sociedade justa, pluralista e democrática é inviabilizada. A ordem jurídica democrática não

¹⁷¹ Os membros da Assembleia Constituinte foram eleitos por sufrágio direto em cada um dos estados. O grupo contava com muitos militares, como Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto, Eduardo Wandenkolk, Benjamin Constant – mas também com outros nomes, civis, como Joaquim Saldanha Marinho, Prudente de Moraes, Epiácio Pessoa, Nilo Peçanha. Os anais da Assembleia Constituinte estão disponíveis em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bd_camara/13616>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁷² VENTURA, Mirian. Pontos de contato constitucionais entre Estado e Instituições Religiosas. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 14.

¹⁷³ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 118.

¹⁷⁴ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 218..

pode ser marcada pela voz exclusiva da moral religiosa, seja ela católica ou de qualquer outra confissão.¹⁷⁵ A fé, para Luís Roberto Barroso, é conteúdo da esfera privada dos indivíduos, enquanto que “na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer sobre concepções religiosas.” Não há depreciação pela liberdade religiosa das pessoas, mas sim um “equilíbrio implícito e justo” que é normalmente atingido pelas democracias maduras, marcadas pela ideia de neutralidade. Tais noções são um esforço para libertar a dignidade humana de doutrinas religiosas.¹⁷⁶ Nesse sentido, portanto, os Estados democráticos “devem assumir a responsabilidade de legislar para uma sociedade diversa e plural, impedindo que crenças religiosas influam sobre o trabalho político, ainda que se reconheça o quanto seus valores e normas estão arraigados na cultura local”.¹⁷⁷

Ainda que seja laico o Estado, “basta uma leitura rápida no texto da Constituição de 1988 para se notar que a religião, de longe, não deixou de ser um assunto de relevância para o legislador constituinte. Pelo contrário, em diversos pontos do texto constitucional são feitas referências ao fenômeno religioso”, como aduz Ana Paula de Barcellos.¹⁷⁸

O preâmbulo constitucional, ao mesmo tempo em que estabelece a laicidade, invoca a proteção de uma entidade superior, um “Deus” com inicial maiúscula, em referência à divindade em que creem os monoteístas – especialmente, no caso, os cristãos. José Genoíno chegou a propor a supressão da expressão “sob a proteção de Deus” do texto preambular durante a Assembleia Nacional Constituinte, argumentando que ainda assim a visão aberta ao pluralismo ideológico, moral e ético estaria garantida. A resposta veio com um salmo bíblico recitado por Daso Coimbra e Enoc Vieira: “do Senhor é a Terra e

¹⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. PIMENTEL, Silvia. *Aborto, Estado de Direito e religião*. Folha de S. Paulo, 06 de outubro de 2003.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Luís Roberto Barroso; tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 73-74.

¹⁷⁷ ROSADO-NUNES, Maria José. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 37.

¹⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de; TERRA, Felipe Mendonça; FIGUEIREDO, Filipe Seixo de; MATTA, Paulo Vitor Torres da. As Relações entre Religião e Estado. Notas sobre as experiências norte-americana e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 19, jun./dez., 2011. p. 30.

sua plenitude, o mundo e os que nele habitam”, além de declararem que a recusa à proteção de “Deus” seria negar a fé que todo o povo brasileiro invoca, com a pretensa noção de que há apenas brasileiros cristãos. Apenas Haroldo Lima, do Partido Comunista do Brasil (Bahia), votou pela supressão da “prece”. Fausto Rocha, do Partido da Frente Liberal (São Paulo), defendendo a permanência da expressão, afirmou que “Cristo” morreu também pelos ateus, agnósticos e comunistas, para que essas pessoas pudessem repensar suas opiniões e aceitá-lo (a Jesus) como seu salvador, “regenerar sua vida, ter amor ao próximo e defender todas as liberdades”. Brandão Monteiro, do Partido Democrático Trabalhista (Rio de Janeiro), defendeu o texto proveniente da Comissão de Sistematização como proposta ao preâmbulo, mas lembrou com preocupação que invocar “Deus” e o povo muitas vezes, ao longo da história, foi mecanismo para negar a divindade e escravizar o povo.¹⁷⁹

O Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2076/AC, proposta pelo Partido Social Liberal, em virtude da omissão da “proteção de Deus” da constituição estadual do Acre. O partido entendeu que o preâmbulo integra o texto constitucional e suas disposições têm valor jurídico. A omissão da súplica à entidade divina atingiria os cidadãos acreanos, que, ainda segundo o proponente, restariam privados da proteção de Deus por sua Assembleia Estadual Constituinte.

O voto do Ministro Carlos Velloso na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade cita Jorge Miranda, para quem o preâmbulo é uma declaração “mais ou menos solene, mais ou menos significante”, que não cria direitos ou deveres e de que não resulta inconstitucionalidade. Miranda prossegue, em sua obra, afirmando que o preâmbulo apresenta a ideologia do constituinte, reflete a opinião pública, sendo parte integrante da Constituição, com todas as suas consequências. É Constituição em sentido formal, posto que produto do mesmo órgão constituinte. Não tem a mesma eficácia dos artigos próprios da Constituição, mas é um conjunto de princípios que se projetam sobre o ordenamento.¹⁸⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuja obra consta entre os

¹⁷⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 179-180, p. 186-187

¹⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 633-635.

referenciais teóricos abordados por Velloso, entende que não há força obrigatória no preâmbulo, que serve para indicar a intenção do constituinte. Ele contém afirmações de princípios, desenhando um ideal.¹⁸¹

Já Sérgio Luiz Souza Araújo, igualmente citado pelo ministro, entende que invocar a proteção de Deus no preâmbulo é tornar “relativa toda a soberania social”. E continua: “a vida, em todas as dimensões, encontra em Deus sua unidade”, enquanto a fé em Deus traria a ideia de transformação da sociedade para melhor. Araújo afirma que “uma fé ligando o homem à sua origem e ao seu fim é que dá um sentido à sua vida, criando para o homem uma dimensão transcendental para o seu ser”, de modo que o preâmbulo constitucional “revela uma clara manifestação axiológica que se nutre das aspirações da sociedade” e deve servir à interpretação de toda a Constituição.¹⁸²

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco entendem que no preâmbulo constam as informações relevantes sobre a Constituição, sua origem e os valores que orientaram sua conformação. Teria mais um caráter enunciativo, relevante no âmbito da interpretação e aplicação do direito constitucional. É comum que os valores dispostos no preâmbulo sejam invocados para reafirmar argumentos em adjudicação de direitos.¹⁸³

O Supremo Tribunal Federal concluiu que o preâmbulo não faz norma constitucional.¹⁸⁴ O Ministro Velloso entendeu que ele não tem relevância jurídica e que não é norma constitucional central. A Constituição não faria diferenças entre deístas, ateus ou agnósticos, pois é um texto de todos. O texto preambular, desse modo, está sim no campo político, mais que jurídico, e que reflete a posição ideológica do constituinte.¹⁸⁵ O Ministro Sepúlveda Pertence acrescentou, ainda, que não seria possível impor uma obrigação à entidade

¹⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 15.

¹⁸² ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*. ano 36, n. 143 jul./set. Brasília: 1999, p. 12-13.

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 77-78.

¹⁸⁴ Ainda que a interpretação do Supremo Tribunal Federal tenha sido pela improcedência da ADI, a Constituição do Acre foi emendada no ano 2000, fazendo constar a proteção de Deus em seu preâmbulo. A Constituição, já com o texto alterado, está disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70440/CE_Acre.pdf?sequence=3>. Acesso em 16.11.2015.

¹⁸⁵ Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 5-6.

divina ali invocada – mesmo porque seria pretensioso imaginar que esta divindade estivesse “preocupada” com a Constituição.¹⁸⁶

O Ministro Velloso observa que o preâmbulo é um reflexo não do campo jurídico, mas sim da ideologia do constituinte, de seu sentimento religioso, refletido pela invocação de um “Deus” cristão no preâmbulo da Constituição, uma vez que a Assembleia Nacional Constituinte contou com a presença de deputados de origem cristã não católica de diversas confissões, como a Assembleia de Deus, Batistas, Presbiterianos, Congregacionais, Adventistas, membros da Igreja de Cristo, da Igreja do Evangelho Quadrangular, da Igreja Universal do Reino de Deus, de Confissão Reformada e Cristã Evangélica.¹⁸⁷

A estratégia traçada pelos grupos religiosos evangélicos foi de lançar candidatos¹⁸⁸ à Constituinte com o lema “irmão vota em irmão” (e também a variante “crente vota em crente”).¹⁸⁹ Foi uma decisão da Assembleia de Deus apoiar a candidatura de membros da congregação, e também de outras igrejas relacionadas, com o declarado objetivo de participar do processo constituinte e encerrar o apoliticismo dos fiéis.¹⁹⁰

Há ainda a Igreja Católica, cuja influência, para Mariano, nunca deixou de fazer parte da sociedade civil, da política e do Estado, sem exceção nem mesmo no período republicano. A reação evangélica que objetivou a eleição de seus próprios deputados foi motivada pelo temor de que os católicos dominariam os trabalhos e buscariam retomar uma posição privilegiada junto ao Estado, possivelmente limitando a liberdade religiosa dos evangélicos.¹⁹¹

¹⁸⁶ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 1.

¹⁸⁷ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e Religião: A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. 2008. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Nacional de Brasília, Brasília. 2008. p. 55-56.

¹⁸⁸ Os grupos evangélicos lançaram dezoito deputados candidatos, obtendo a eleição de dezesseis – e contando, ainda, com a eleição de outros deputados evangélicos para chegar a mais de trinta deputados de confissão neopentecostal.

¹⁸⁹ MARIANO, Ricardo. *Religião e Política no Brasil: ocupação evangélica da esfera pública e laicidade*. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Ricardo (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 348.

¹⁹⁰ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e Religião: A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. 2008. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Nacional de Brasília, Brasília. 2008. p. 63.

¹⁹¹ MARIANO, Ricardo. *Religião e Política no Brasil: ocupação evangélica da esfera pública e laicidade*. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Ricardo (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 343 e p. 348.

A presença de cristãos na Constituinte é evidente, sejam católicos ou evangélicos/protestantes, o que provocou a possibilidade de confusão entre temas públicos e privados, estes relacionados às crenças individuais dos cidadãos e dos próprios deputados. “Foi a eleição da ‘bancada evangélica’ na Constituinte que deflagrou a controvérsia em torno dessa ‘mistura’”, o que importou em “temores quanto a seus efeitos deletérios, no caso, para a democracia. Ao se tornarem parte ativa do jogo político local e nacional, esses religiosos foram acusados de efetuar uma mistura temerária, espúria e descabida entre religião e política.”¹⁹²

É perceptível a ideologia, mencionada pelo Ministro Velloso, que conduziu as atividades constituintes a partir da colocação de uma Bíblia sobre a mesa de trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Foi a Emenda n. 681, proposta pelo pastor da Assembleia de Deus e deputado constituinte pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (Goiás), Antônio de Jesus, que assegurou a colocação do exemplar na Assembleia Constituinte. Fernando Henrique Cardoso, relator do regimento, disse que, uma vez que lhe foi chamada a atenção para a presença de um crucifixo na parede da sala onde ocorriam as atividades, não viu problemas em se colocar também uma Bíblia no local, ainda que seja laico o Estado.¹⁹³ Assim, uma vez que já havia um símbolo religioso relacionado exclusivamente aos cristãos, o relator não teve objeções à colocação de outro símbolo religioso de mesmas características. A aprovação da Emenda n. 681 foi unânime.

A partir dessa “vitória cristã”, é possível perceber que o conteúdo simbólico dela emanado foi considerável, com falas dos deputados exaltando a presença do livro. Orlando Pacheco, do Partido da Frente Liberal (Santa Catarina), mostrou-se feliz com a proposição da emenda por entender que “a Bíblia Sagrada é o livro que representa a primeira, maior e melhor Constituição que o mundo já recebeu.” O deputado afirmou ainda que, com a Bíblia ali disposta, “todos os interessados poderão usufruir dos ensinamentos e das

¹⁹² MARIANO, Ricardo. Religião e Política no Brasil: ocupação evangélica da esfera pública e laicidade. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Ricardo (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 343.

¹⁹³ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 11.03.1987. p. 708.

palavras de orientação bíblicas para a vida moral, social e cultural de cada um.”¹⁹⁴ Matheus Iensen, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (Paraná), entendeu que a Bíblia guiaria os trabalhos e ressaltou: “todas as nações que tomaram por base a ‘Bíblia Sagrada’ tornaram-se grandes e poderosas, e muito maior seremos se continuarmos lendo e aceitando seus grandes ensinamentos.”¹⁹⁵ Ainda, colocado o exemplar sobre a mesa, Victor Faccioni, do Partido Democrático Social (Rio Grande do Sul), fez a leitura do trecho em que, aleatoriamente, estava aberta, por entender que faria jus ao momento. Tratava-se de uma parte da história de Moisés, contada no “Êxodo”. Arnaldo Faria de Sá, do Partido Trabalhista Brasileiro (São Paulo), acrescentou que na página seguinte estavam inscritos os dez mandamentos – e que desejava que a Constituição fosse como os dez mandamentos para o povo brasileiro.¹⁹⁶

Mais do que simplesmente um valor simbólico ou a mera representação de um livro considerado sagrado por uma parcela da população brasileira, nota-se que os deputados demonstravam esperança de que a Bíblia guiasse os trabalhos constituintes, de que ensinamentos cristãos fossem retratados, em alguma medida, no resultado da Assembleia Nacional Constituinte. Para Mariano, os deputados cristãos erigiram-se como “guardiães privilegiados, senão exclusivos, da moralidade. (...) Associando seus mandatos à defesa da família, ocuparam maciçamente a Comissão da Família, Educação e Cultura para rechaçar a legalização do aborto” e outras condutas consideradas “ímorais” do ponto de vista religioso.¹⁹⁷

Frases com conteúdo religioso eram constantemente repetidas ao longo da Assembleia Nacional Constituinte, a exemplo de “Bem-aventurada é a nação cujo Deus é o Senhor” (Salmo bíblico), como bem observa Pinheiro, com demonstrações da ideia de sujeição do Estado à vontade de “Deus”.¹⁹⁸ Antônio

¹⁹⁴ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 14.03.1987. p. 763.

¹⁹⁵ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 27.08.1987. p. 4986.

¹⁹⁶ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 26.03.1987. p. 946-947.

¹⁹⁷ MARIANO, Ricardo. Religião e Política no Brasil: ocupação evangélica da esfera pública e laicidade. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Ricardo (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 348.

¹⁹⁸ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e Religião: A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. 2008.

de Jesus chega a afirmar que “a verdadeira democracia, antes de democracia, é uma teocracia divina”.¹⁹⁹ No mesmo sentido, igualmente desconsiderando pessoas que não se identificam com qualquer fé ou que não partilham de confissões católica ou evangélicas, Roberto Augusto, do Partido Trabalhista Brasileiro (Rio de Janeiro), entendeu que a Constituição elaborada pela Constituinte deveria vir “ao encontro dos anseios desta Nação, totalmente cristã”.²⁰⁰

Este é um ponto central. É apenas a partir da laicidade estatal²⁰¹ que se pode pensar em determinados direitos, a exemplo dos direitos reprodutivos da mulher, aí inseridos a pílula anticoncepcional, a pílula do dia seguinte, o Dispositivo Intrauterino, os preservativos descartáveis e, especialmente, a interrupção voluntária da gestação. Todas essas hipóteses são condenadas pela Igreja Católica atualmente²⁰² – e por cristãos evangélicos. Até mesmo o planejamento familiar é questionado, sob a ótica de que a “família cristã” deve ter “tantos filhos quantos Deus os confiar”, não tantos filhos quantos sua condição econômica permita ou quantos tenham vontade. A ideia é que “Deus manda” o filho, não o casal decide, racionalmente, pela paternidade.

129 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Nacional de Brasília, Brasília. 2008. p. 31-32.

¹⁹⁹ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 29.01.1988. p. 6665.

²⁰⁰ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 28.01.1988. p. 6636.

²⁰¹ Dentre os fatos que demonstram a crença de pessoas e grupos religiosos de que não há conflito na confusão entre sacro e profano do ponto de vista constitucional, encontra-se um artigo de Dom Eugênio Sales no Jornal do Brasil, em que defende que o Estado é leigo, porém não laicista, de modo que “o cidadão deve seguir sua consciência, formada pelos ensinamentos de Jesus que foram confiados ao Magistério Eclesial. (...) A consciência é formada à luz do Evangelho”. O religioso entende que não há confusão em se inserir ensinamentos religiosos na Constituição ou mesmo em se fazer uma leitura constitucional a partir da doutrina cristã. Disponível em: <<http://movimentodeapoio.blogspot.com.br/2007/09/em-defesa-da-vida-dom-eugenio-sales.html>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁰² Em 2015, o papa Francisco determinou a possibilidade de perdão às mulheres que confessassem a prática do aborto a um padre, durante o sacramento da confissão (reconciliação), que tem por objetivo promover a remissão dos pecados. O perdão seria possível em confissões realizadas durante a celebração do Jubileu da Misericórdia – entre 8 de dezembro de 2015 e 20 de novembro de 2016. Todos os padres teriam, pela visão da Igreja Católica, o poder de “absolver” as mulheres que cometeram “o pecado do aborto” e que pedissem perdão dos “pecados” a um sacerdote, porque “o perdão de Deus não poder ser negado a todo aquele que se arrepende” e “muitas delas têm uma cicatriz no coração por essa escolha sofrida e dolorosa”. Vale dizer, portanto: a Igreja vê a mulher como uma pecadora e atribui a um homem religioso, estranho à relação da gravidez e do procedimento abortivo, a incumbência de “absolver” a prática ao longo de um período determinado, mas não fora dele. (Sobre o tema: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/01/internacional/1441101469_484368.html>. Acesso em 16.11.2015).

Quanto aos métodos contraceptivos, é notória a opinião da Igreja Católica acerca destes. Mesmo o Papa Francisco, visto como progressista pelos fiéis, reafirmou a posição do Vaticano nos temas: contra métodos contraceptivos, contra preservativos e contra o aborto.²⁰³

É relevante atentar ao fundamentalismo religioso, que é característico de igrejas neopentecostais e de grupos católicos, qualificado pelo apego aos textos religiosos em seu significado “original”, na pureza do significado do texto bíblico, que teria sido “revelado literalmente por Deus”. Os fundamentalistas são crentes que vão contra a pesquisa e o avanço da ciência, pois a “verdade” já seria revelada pela Bíblia e não precisaria ser investigada pela ciência. Antonio Flavio Pierucci entende que, quando se discute “o que é vida, por exemplo, os fundamentalistas reagem como se qualquer pesquisa nessa área fosse uma ofensa a Deus, que em sua imensa majestade e glória já determinou que o embrião sem cérebro é vida humana e ponto final.” É um radicalismo relacionado especificamente a um texto sagrado.²⁰⁴ Para a Igreja Católica, até mesmo o aborto terapêutico, para salvar a vida da gestante, é condenado (a pena seria a excomunhão de quem o pratica). Já a confissão luterana é mais aberta a discussões nessa matéria, entendendo que seria possível o aborto em determinados casos, tomando em consideração elementos sociais, econômicos e pessoais e com prioridade à vida da gestante.²⁰⁵

As discussões políticas que abordam temas como a sexualidade e a reprodução “vêm trazendo para a cena pública, diariamente, os conflitos entre a concepção de direitos, incorporada nas políticas públicas e a adotada pelas instituições religiosas, que consideram a reprodução como um dom divino”. A sexualidade é vista como mero instrumento divino de reprodução.²⁰⁶ Há grupos

²⁰³ Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/03/novo-papa-camisinha-casamento-gay-aborto.html>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁰⁴ PIERUCCI, Antonio Flavio. Estado Laico, Fundamentalismo e a busca da verdade. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 5-7.

²⁰⁵ SCHWARZ, Aneli. Ética Luterana e Laicidade. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 8-9.

²⁰⁶ VENTURA, Mirian. Pontos de contato constitucionais entre Estado e Instituições Religiosas. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 13.

de embate, movimentos sociais e forças políticas, mas “frente ao poder econômico e ao poder das igrejas cristãs há evidentemente uma correlação de forças muito desfavorável”, na visão de Maria Betania de Melo Ávila.²⁰⁷

Ainda na Constituinte, o tema do aborto foi objeto de disputa em que os religiosos, evidentemente, foram contrários à proposta de permissão. Mais que isso, o debate acerca do aborto ingressou na Constituinte justamente pelas mãos da Igreja Católica, que almejava proibi-lo em qualquer hipótese e contava com o apoio de deputados evangélicos.²⁰⁸ O deputado Antônio de Jesus, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (Goiás), “Ministro evangélico”, falou sobre como a questão envolveria diversos ângulos, mas que seu objetivo era enfocar o religioso e o humano. Ele se define como “homem a serviço de Deus e profundamente identificado com o povo brasileiro – sua índole mística, suas crenças, seus anseios, seu respeito e acatamento aos valores morais e éticos subjacentes em nossa cultura”. O deputado questiona: “se somos cristãos – evangélicos e católicos, ou se, pertencendo a qualquer outra fé, acreditamos na onipotência e na misericórdia divina, como poderemos aceitar o aborto?”²⁰⁹

Matheus Iensen, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (Paraná), utilizou-se de uma passagem bíblica para, também, condenar a prática do aborto, dizendo que a mãe, seja casada ou não, que permite que a “criança concebida no seu ventre seja assassinada antes de vir à luz” estaria violentando uma lei sagrada constante de Levíticos, que diz que “a vida da carne está no sangue”, vida que seria sagrada e deveria ser preservada a qualquer custo, desde a concepção no ventre materno que, através do sangue, transmitiria ao filho tudo de que necessitasse a viver.²¹⁰ Note-se que o apego ao texto considerado sacro não é literal. Embora queira defender que a vida já se constituiria a partir da concepção, pelo sangue e pelas trocas realizadas entre a

²⁰⁷ ÁVILA, Maria Betania de Melo. Reflexões sobre Laicidade. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 19.

²⁰⁸ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese*. Revista brasileira de Estudos de População. São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006. p. 371.

²⁰⁹ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 02.02.1988. p. 6771.

²¹⁰ BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 02.02.1988. p. 6771.

mãe e o feto, não há no mencionado livro qualquer alusão ao aborto ou mesmo ao início da vida enquanto consequência imediata da concepção do embrião.

O movimento de mulheres articulou-se para reivindicar direitos, entre eles o direito ao aborto legal, através do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e de outros conselhos oficiais, com apoio da “bancada feminina” e de parlamentares comprometidos com a causa, como Ulysses Guimarães.²¹¹ Houve a elaboração de uma “Carta das Mulheres”, expondo as pautas trazidas pelo movimento de mulheres em matéria de defesa de direitos femininos. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) também se organizou, propondo a defesa da vida desde a concepção.²¹²

Desse modo, José Afonso da Silva esclarece que, ao longo da Constituinte, submergiram três posições acerca do aborto: i) uma corrente objetivava assegurar o direito à vida desde a concepção, o que significava proibir o aborto; ii) outra queria a previsão de que a condição de sujeito de direito se adquire pelo nascimento com vida, com a vida intrauterina sendo considerada de responsabilidade da mulher gestante e, portanto, permitindo o aborto; iii) uma terceira posição entendia que a Constituição não deveria tomar partido sobre o tema, o que significou nem permitir nem proibir, apenas calar-se sobre o tema. Para o autor, a decisão sobre quando começa a vida é que poderia definir a questão.²¹³ A proposta de colocar a mulher como responsável pela vida intrauterina foi formulada por João Paulo Bisol, que foi, em virtude disso, foi chamado de “contrário à família”. Foi intensa a discussão que levou à manutenção da proibição ao aborto, na medida em que não houve sua permissão no texto constitucional e que a lei já o proibia.²¹⁴ Inclusive o próprio movimento de mulheres acabou se posicionando pelo silêncio constitucional²¹⁵,

²¹¹ KYRIAKOS, Norma; FIORINI, Eliana. A dimensão legal do aborto no Brasil. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicos pelo Direito de Decidir, 2002. p. 131.

²¹² EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 127-128.

²¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 203.

²¹⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. p. 167-168.

²¹⁵ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso*. Revista Estudos Feministas. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 392.

uma vez que estimular o debate poderia importar, ao fim, na fixação da concepção como momento de início da vida ou mesmo de texto que explicitasse a proibição ao aborto, o que seria um retrocesso ainda maior.

Nesse contexto, pesquisadores como a socióloga Maria Lúcia Silveira afirmam que “ainda estamos muito longe de visualizar um Estado que seja, de fato, laico, democrático e republicano. Seria assim, se houvesse dentre os elementos de equilíbrio entre Estado e sociedade civil, um regime de gênero que respeitasse os direitos sexuais e reprodutivos.”²¹⁶

É preciso, no entanto, ter cuidado em afirmar que o Estado brasileiro não é laico – assim como para adotar uma posição firme acerca da neutralidade completa. Há diversos elementos que apontam para a confusão entre os setores público, que deve ser laico, e o setor privado, em que as crenças religiosas têm espaço.²¹⁷ A atuação dos parlamentares da “bancada evangélica” contribuem para essa “mistura” das esferas, não apenas contrariando direitos sexuais e reprodutivos da mulher ou negando direitos igualitários à comunidade LGBT, mas em situações ainda mais severas.

A discussão sobre o aborto é fundamental, pois “nos remeterá para a discussão do papel do feminismo frente às relações de gênero vigentes em nossa sociedade tão conservadora, e que expressam a não neutralidade do Estado diante da influência de instituições religiosas sobre os direitos sexuais e reprodutivos.” A sociedade mitifica a maternidade, como se fosse destino feminino. Nesse espectro, o que está em jogo é o controle da sexualidade da mulher. “A laicidade do Estado é algo a ser construído efetivamente, junto à

²¹⁶ SILVEIRA, Maria Lúcia. A luta pelo direito ao aborto: um caso emblemático. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 20.

²¹⁷ Dois exemplos n esse sentido são a proposta de Emenda à Constituição do deputado Cabo Dalciolo (quando propôs a Emenda em questão, era membro do Partido Socialismo e Liberdade, mas foi expulso da legenda dada sua conduta que não coadunava com os princípios do partido) objetivando alterar a redação do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal para declarar que todo o poder emana de Deus em substituição ao povo (texto da PEC disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313782&filena me=PEC+12/201>. Acesso em 16.11.2015). Ainda, no mesmo sentido, a proposta de Emenda à Constituição n. 99/11, que dá capacidade postulatória às associações religiosas junto ao Supremo Tribunal Federal, aprovada de forma unânime pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, é uma evidência da confusão entre o laico e o santo no direito brasileiro, notadamente em sede legislativa (texto da PEC disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524259>>. Acesso em 16.11.2015).

desconstrução do caráter patriarcal das instituições do país que não reconhecem, na prática, as mulheres como sujeitos plenos de direito.”²¹⁸

“O Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos. Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao imporem uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática.” O Estado Democrático de Direito não pode ter sua ordem jurídica transformada em voz exclusiva da moral cristã ou de qualquer religião.²¹⁹

As ortodoxias religiosas não podem prevalecer em relação à liberdade de escolha e dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. “Os católicos e outros religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno dos seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática, mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico”.²²⁰

Retorna-se brevemente à temática do preâmbulo constitucional do início desta discussão. Nas palavras de Jorge Miranda, como já destacado, o preâmbulo é uma declaração “mais ou menos solene, mais ou menos significativa”, de cunho ideológico, parte integrante da Constituição, além de ser um conjunto de princípios que se projetam sobre o ordenamento.²²¹ Uma pergunta a ser feita é se a proteção de Deus demandada pelo constituinte é suficiente para se entender que a concepção cristã de vida (com início na concepção e de caráter inviolável) impede em absoluto a possibilidade de se assegurar plenamente às mulheres seus direitos sexuais e reprodutivos, incluído aí o direito ao aborto.

O Supremo Tribunal Federal deu uma resposta e afirmou não se tratar o preâmbulo de norma constitucional; então, se fosse essa a razão de se imaginar

²¹⁸ SILVEIRA, Maria Lúcia. A luta pelo direito ao aborto: um caso emblemático. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 21-23.

²¹⁹ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. *Aborto, Estado de Direito e Religião*. Folha de S. Paulo, 06.10.2003.

²²⁰ PIMENTEL, Sílvia. A Articulação Latino-Americana em defesa dos Direitos Humanos. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 28.

²²¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 633-635.

que a religião poderia interferir na vida privada e na autonomia das pessoas, estaria refutada a hipótese. O preâmbulo constitucional é importante, seus princípios dão o tom da ordem constitucional que ele introduz. Mas, ainda assim, e ainda que se trate da invocação de uma entidade sagrada a uma parcela da população, não significa que os preceitos religiosos devam ser refletidos na Constituição. A referência feita à religião não determina que a religião informa toda a ordem jurídica; trata-se mais de um elemento simbólico, não jurídico. Seguindo-se o que afirma Miranda, o preâmbulo é projetado sobre o ordenamento, então a “proteção da divindade” seria projetada – não todo o texto bíblico ou as normas religiosas, sejam elas provenientes de dogmas ou de meras disposições de condutas, expressões da legislação eclesiástica. Ademais, o preâmbulo é composto de outros elementos, como a defesa do Estado Democrático de Direito, de direitos sociais e individuais, da liberdade, da igualdade. Enfim, há outros princípios expressos no preâmbulo que de igual modo são refletidos por todo o ordenamento jurídico brasileiro e que permitem que se examine a possibilidade de autorização à prática abortiva.

Outro aspecto relevante quanto à Constituinte é a baixa participação feminina. A chamada “Bancada Feminina” contou com apenas vinte e cinco deputadas constituintes²²²; nenhuma senadora foi eleita. O total de deputados foi de 512 entre titulares e suplentes²²³; então o percentual de participação feminina entre os deputados foi de 4,88%. Considerando-se ainda que o total de parlamentares constituintes (512 deputados e 82 senadores, sendo que Roberto Saturnino, do Partido dos Trabalhadores do Rio de Janeiro não atuou em razão de sua eleição para prefeito da cidade do Rio de Janeiro²²⁴) foi de 594, a representação feminina esteve em 4,20% do total de representantes.²²⁵ O

²²² Foram eleitas vinte e seis deputadas constituintes, mas Bete Mendes não chegou propor emendas ao projeto constituinte. Ela se licenciou para assumir o cargo de Secretária de Cultura do Estado de São Paulo. A despeito de contar com vinte e seis deputadas na data da posse, a bancada feminina foi composta por vinte e cinco parlamentares.

²²³ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/deputados-constituintes>. Acesso em 16.11.2015.

²²⁴ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/senadores-constituintes>. Acesso em 16.11.2015.

²²⁵ Informações disponíveis em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/parlamentaresconstituintes/copy_of_index.html>; <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes>. Acesso em 16.11.2015.

número de deputados constituintes evangélicos foi superior ao número de mulheres. Totalizando trinta e quatro deputados, 6,64% do total de deputados, contou com apenas duas mulheres, Benedita da Silva (Partido dos trabalhadores, Rio de Janeiro) e Eunice Michiles (Partido da Frente Liberal, Amazonas).²²⁶

Ainda que direitos e reivindicações feministas tenham sido atendidos na Constituinte, soam como concessões feitas por uma maioria masculina. Não se pode celebrar como uma conquista tão baixa representatividade – ainda que autores, como Marcius de Souza, considerem a eleição das representantes mulheres como um “pleito histórico” a partir do qual “as mulheres se fizeram representar de forma significativa”.²²⁷ Comparando-se com o pleito anterior, que contou com apenas oito deputadas, houve um avanço. Ademais, como destaca Marilene Mendes Sow, a atuação das mulheres eleitas como representantes na Constituinte foi expressiva e promoveu alguns avanços, a exemplo da licença maternidade de 120 dias, a igualdade em direitos entre homens e mulheres, a igualdade de salários, entre outros.²²⁸

Não é possível, no entanto, considerar vitoriosa uma votação que elegeu, de um grupo que representa metade da população, menos de 5% dos representantes. Não se deve retirar a importância de um maior número de mulheres na elaboração do texto constitucional, tampouco se pode considerar expressivo um número tão diminuto.

A sub-representação das mulheres teve consequências, a exemplo da omissão na Constituição quanto ao aborto. Como referido, o movimento de mulheres redigiu a “Carta das Mulheres”, com reivindicações em matéria de defesa de direitos femininos, como direitos sexuais e reprodutivos, o que

²²⁶ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e Religião: A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. 2008. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Nacional de Brasília, Brasília. 2008. p. 60-61.

²²⁷ SOUZA, Marcius F. B. de. *A Participação das Mulheres na elaboração da Constituição de 1988*. In: *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização* (Vol. 1). Brasília: Senado Federal, Instituto legislativo brasileiro, 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988/view>>. Acesso em 16.11.2015.

²²⁸ SOW, Marilene Mendes. *A Participação Feminina na Construção de um Parlamento Democrático*. E-legis, n. 05, p. 79-94, 2. semestre, 2010.

provocou reação da Igreja Católica e de outros grupos religiosos.²²⁹ Assim, sem a possibilidade de efetivar tais direitos na Constituição, o foco passou a ser o legislativo. Por outro lado, os grupos religiosos também passaram a lutar contra avanços (e mesmo pelo retrocesso, com tentativas de proibir a pílula do dia seguinte ou de extinguir as hipóteses legais que autorizam a interrupção da gestação, exceções trazidas pelo art. 128, I e II, do Código Penal). O legislativo passou a ser o palco das disputas entre movimentos religiosos conservadores e o movimento feminista.

3.2. Movimentos feministas reivindicatórios de direitos sexuais e reprodutivos no Brasil

Os direitos reprodutivos são aqueles relacionados ao livre exercício da sexualidade e reprodução humanas, o que compreende “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde”, nas palavras de Flávia Piovesan. Inseridos na luta feminista, as reivindicações por esses direitos “refletiam a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como a forma de libertação”.²³⁰ É uma luta feminina pelo empoderamento, para deixar de ser meras “reprodutoras de herdeiros”, por tirar dos homens a capacidade de decidir quando, em que condições e quantos filhos terão.²³¹

O século XIX e o início do século XX foram marcados por lutas feministas pela igualdade e reivindicações pelo acesso à educação e ao voto. Em seguida, tem início a luta pela regulação da fecundidade enquanto assunto de ordem pública, cuja consequência seria o controle do próprio corpo, da fecundidade e da saúde pela mulher. A impossibilidade de acesso à concepção, ao parto, à contracepção ou ao aborto colocaria a mulher em posição submissa, uma vez

²²⁹ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 127-128.

²³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 238.

²³¹ SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular/Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 112-113.

que todos esses elementos passam a ser vistos como interligados, formando a ideia de direitos sexuais e reprodutivos, que deveriam fazer parte de uma escolha da mulher, não mais de uma imposição da maternidade.²³² A ideia era de acesso à esfera pública e rompimento com a noção de mulher dominada e limitada ao espaço privado, da casa e da família.

A agenda feminista no Brasil ganha visibilidade no século XX. Com organizações e movimento de mulheres, elas passam a reconhecer seus interesses, elaborar demandas e propor mecanismos de interlocução com outros grupos sociais, com o Estado e com instituições privadas, consequência muito positiva na busca pela ampliação de direitos.²³³ “Em que pese a luta incessante, somente em 1932 as mulheres sem distinção conquistaram seu direito de voto, com a alteração do Código Eleitoral pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas (1930-1934), que não era um grande simpatizante das causas feministas, mas que precisava amenizar as pressões do período revolucionário.”²³⁴ As lutas foram se intensificando e a organização de grupos feministas tornou-se sólida. Foram 108 anos de voto exclusivamente masculino até o início da mudança na legislação.²³⁵ O primeiro momento foi de conquista do espaço público, com a consagração dos grupos de mulheres enquanto atores sociais, ainda de forma tímida (e sem qualquer referência a direitos sexuais e reprodutivos). Na década de 50, o movimento feminista participou da greve dos 300 mil e da Passeata da Panela Vazia, na luta pelo aumento no valor do salário mínimo e contra a carestia da vida. Várias associações feministas tiveram seu funcionamento suspenso durante o governo de Juscelino Kubitschek e passaram à atuação clandestina, apoiando mães solteiras, ensinando costura e outras atividades manuais que

²³² PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 239.

²³³ GUZMÁN, Virginia. A equidade de gênero como tema de debate e de políticas públicas. Tradução de Gustavo Cotas. In: FARIA, Nalu (Org.); Silveira, Maria Lucia (Org.); e NOBRE, Miriam (org.). *Gênero nas Políticas Públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista*. São Paulo: SOF, 2000. p. 84.

²³⁴ BORGES, Clara Maria Roman. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *O Machismo no Banco Dos Réus: uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 217-247, p. 220.

²³⁵ CONFERÊNCIA NACIONAL DE MULHERES BRASILEIRAS. *Plataforma Política Feminista*. Aprovada na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras. Brasília, 2002. p. 4.

pudessem permitir o seu sustento, ao mesmo tempo em que ampliavam paulatinamente sua participação nos sindicatos.²³⁶

A segunda onda do feminismo no Brasil, com início na década de 1970, em um contexto de ditadura militar e tendo como aliados diversos segmentos sociais de diferentes ideários morais na luta pela democracia, não chegou a invocar o direito ao aborto como uma de suas pautas. A reivindicação se fez presente a partir da década seguinte.²³⁷ Entre 1975 e 1988, a demanda efetiva pela legalização do aborto por parte do movimento feminista tomou espaço, principalmente no âmbito do Poder Legislativo, visando à reforma da legislação punitiva da prática. O movimento então se desvincula da Igreja Católica (com quem atuava pelo fim da ditadura militar até a redemocratização) e assume a pauta como um elemento central de reivindicação.²³⁸ A ditadura, de fato, foi marcada por um momento em que as mulheres ligadas ao movimento feminista focaram na luta pela redemocratização, inclusive sendo presas e torturadas, e mesmo pela igualdade internamente ao movimento pela democracia.²³⁹

A noção de que o corpo feminino é estereotipado, assim como sua sexualidade, guarda sentido a partir dos mitos construídos no passado colonial brasileiro relacionados aos papéis da mulher na sociedade, enquanto esposa e mãe e enquanto objeto na relação sexual. Com isso, há a negação e expropriação do desejo feminino e a apropriação do corpo da mulher pelos homens, sem direito de decidir autonomamente sobre o próprio corpo – além da influência religiosa, que vincula o exercício da sexualidade exclusivamente à reprodução.²⁴⁰ A partir dessas percepções, as mulheres organizadas passaram a combater os estereótipos e buscar a autonomia sobre os próprios corpos.

²³⁶ BORGES, Clara Maria Roman. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *O Machismo no Banco Dos Réus: uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 217-247, p. 223.

²³⁷ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese*. Revista brasileira de Estudos de População. São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006. p. 370.

²³⁸ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125-127.

²³⁹ BORGES, Clara Maria Roman. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *O Machismo no Banco Dos Réus: uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 217-247, p. 222.

²⁴⁰ CONFERÊNCIA NACIONAL DE MULHERES BRASILEIRAS. *Plataforma Política Feminista*. Aprovada na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras. Brasília, 2002. p. 53-54.

O movimento feminista passou a participar das discussões sobre o aborto nos anos 1980 e assumiu, em pouco tempo, o papel central entre os grupos sociais atuantes nessa matéria, influenciando mais as decisões a partir da década de 1990. Tornou público o tema a partir da construção de fóruns, debates e projetos de lei – o que foi possível também pela eleição de parlamentares feministas e pela aproximação do movimento de congressistas, especialmente os de visão progressista.²⁴¹ No período entre 1985 e 1989, houve maior participação da sociedade civil nas decisões políticas, com o ingresso dos direitos das mulheres na agenda política tanto do Executivo quanto do Legislativo, assim como com novos direitos assegurados na carta constitucional de 1988. “Nesse contexto, o debate sobre o aborto começou a assumir uma nova dimensão e, inclusive, a refletir enfrentamentos mais acentuados entre as feministas e as entidades religiosas, sobretudo a hierarquia da Igreja Católica.”²⁴²

Assim como em outros países da América do Sul, a preocupação feminista com o Estado é objetiva, voltada aos resultados e motivada pela passagem de regimes autoritários para regimes democráticos. Os contextos políticos passam também a ser mais abertos e receptivos às pautas feministas.²⁴³ A igualdade de fato entre homens e mulheres seria possível com o exercício pleno os direitos sexuais e reprodutivos, no pensamento de Flávia Piovesan.²⁴⁴ Isso porque sem a possibilidade de decisão sobre o próprio corpo coloca as mulheres em posição de desigualdade em relação aos homens.

Alguns grupos feministas emergiram na sociedade brasileira e passaram a protagonizar a luta pelo direito ao aborto, em especial a partir da década de 1990. “Eu aborto, tu abortas, somos todas clandestinas” é o lema de um grupo de mulheres feministas comprometido com a causa do direito ao aborto. O “Somos todas clandestinas” destaca depoimentos de mulheres que se

²⁴¹ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso*. Revista Estudos Feministas. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 391.

²⁴² ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. *Revista Brasileira de Estudos de População*. São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006. p. 371.

²⁴³ ALVAREZ, Sonia E.. Em que Estado está o feminismo latino-americano. Uma leitura crítica das políticas públicas com ‘perspectiva de gênero’. In: FARIA, Nalu (Org.); Silveira, Maria Lucia (Org.); e NOBRE, Miriam (org.). *Gênero nas Políticas Públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista*. São Paulo: SOF, 2000. p. 13.

²⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 239.

submeteram a procedimentos ilegais de aborto em clínicas ou em outros locais, com ou sem segurança e higiene, e também aquelas que são clandestinas “indiretamente”, que acompanham amigas e parentes nesses procedimentos. A ideia do grupo é mostrar histórias de mulheres reais, fiéis a uma religião ou não, que recorrem à ilegalidade de procedimentos e medicamentos abortivos pelas mais diversas razões, sejam econômicas, sociais, psicológicas.²⁴⁵

O grupo apresenta uma pesquisa acerca do perfil das mulheres que abortam realizada em 2010 na Universidade Nacional de Brasília – da qual consta que 66% são católicas, 25% evangélicas ou protestantes, 64% casadas.²⁴⁶ Percebe-se pela pesquisa que professar a fé cristã não significa que a mulher não fará o aborto, assim como a ilegalidade não significa impeditivo completo, apenas dificulta de algum modo o procedimento – e encarece caso seja feito com qualidade sanitária.

No contexto religioso, é destaque a organização Católicas pelo Direito de Decidir (CDD), composta por mulheres que fazem parte de comunidades da Igreja Católica, participam organicamente de paróquias, pastorais, comunidades eclesiais de base, inclusive com a presença de teólogas feministas. São mulheres feministas cristãs, identificadas com as ideias do movimento de mulheres em relação aos direitos sexuais e reprodutivos, que discordam da doutrina oficial da Igreja Católica sem desvincular-se da mesma.²⁴⁷

²⁴⁵ A militância dessas mulheres envolve inclusive informações sobre métodos abortivos, dosagem de fármacos (especialmente o Misoprostol, conhecido também como Cytotec) expressa na norma técnica do Ministério da Saúde, para que o procedimento seja bem realizado e de modo seguro em qualquer local, até em casa, informações sobre abortos cirúrgicos por aspiração manual intrauterina e por curetagem – e inclui recomendações sobre o que não fazer. Segundo “Clandestinas”, um aborto cirúrgico custa em torno de R\$5.000,00 – o que estabelece um recorte de classe entre as mulheres que têm condições financeiras de realizá-lo de forma segura, ainda que ilegal, e as que não têm e, portanto, acabam recorrendo a procedimentos insalubres e inseguros. É por conta disso que o lema citado no início por vezes é retratado como “ricas pagam, pobres morrem”. No sítio eletrônico do grupo há um manifesto: “Somos um milhão de mulheres, a cada ano. Somos casadas, solteiras, divorciadas e viúvas. Somos negras, brancas, indígenas. Somos adolescentes, jovens e adultas. Somos trabalhadoras, estudantes, desempregadas. Professoras, sociólogas, publicitárias, empregadas domésticas, jornalistas, prostitutas, advogadas, enfermeiras. Somos filhas, somos mães. Somos mulheres em marcha, estamos Clandestinas e seremos Livres!”. (Disponível em: <<https://somostodasclandestinas.milharal.org>> e <<https://somostodasclandestinas.wordpress.com>>. Acesso em 16.11.2015).

²⁴⁶ Disponível em: <<https://somostodasclandestinas.milharal.org/aborto/>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁴⁷ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso. *Revista Estudos Feministas*. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 390.

Partem da premissa de que a proibição ao aborto não é um dogma da Igreja – isso porque dogmas são as questões sujeitas ao magistério e à infalibilidade do papa e a matéria do aborto nunca passou pelo procedimento necessário para que se tornasse propriamente um dogma.²⁴⁸ O que ocorre é uma confusão por parte dos fiéis e mesmo de membros do clero – e que não é desfeito pois interessa aos objetivos católicos de proibição da prática.

Na doutrina oficial da Igreja Católica, ao longo dos anos, houve uma mudança de opinião acerca do aborto. Até 1869, a prática abortiva não era considerada crime ou pecado grave e, antes disso, os teólogos entendiam que a alma só era inserida no corpo do feto entre 40 e 80 dias de gestação, nos fetos masculinos e femininos, respectivamente. Essa elaboração é produto da filosofia aristotélica, trazida à Igreja com Tomás de Aquino. A proibição ao aborto é parte da matéria de legislação eclesiástica sobre a penitência. A punição ao aborto até a mencionada data remetia à possibilidade de um pecado sexual ter sido cometido, na medida que os parceiros se uniram sem a intenção de procriar e, portanto, a prática serviria a acobertar a fornicação e o adultério. Não tratava de “homicídio” ou de “destruição da vida humana”, mas de controle da sexualidade dos fiéis. Com Graciano, em 1140, o aborto passou a ser visto como homicídio somente quando o feto já estava formado e com Gregório IX, aproximadamente no ano de 1240, a prática é condenada quando utilizada para satisfação de desejos sexuais ou ódio premeditado. Com a publicação da *Apostolicae sedis*, Pio IX sedimenta novo entendimento no sentido de considerar que a infusão da alma no feto é imediata, condenando o aborto como violência praticada contra a vida humana e punido com excomunhão. Essa é a posição adotada pela Igreja Católica atualmente. Documentos do Vaticano, como *Gaudium et Spes* e *Humanae Vitae*, reafirmam o posicionamento de hominização imediata e proteção da vida humana, além da prática sexual com intenção exclusiva de procriação. A “Declaração sobre o Aborto” da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, da qual o cardeal Joseph Ratzinger (Bento XVI) fez parte, determina que a liberdade de opinião não poderia servir como pretexto para

²⁴⁸ ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares. Aborto: um tema em discussão na Igreja Católica. O surgimento de “Católicas pelo Direito de Decidir”. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 22.

atacar direitos dos demais, especialmente o direito à vida. O feto, ainda que não fosse uma vida completa, seria vida sob sua ótica.²⁴⁹

O argumento de “defesa da vida”, ou talvez melhor definido como “defesa do nascimento”, provém da ideia de que a vida humana tem caráter sagrado, por ser um dom divino, e que ela tem início imediato com a concepção, nas palavras de Paulo VI e Pio XII. Combinando-se esse entendimento ao mandamento “não matarás”, um princípio abstrato, absoluto, universal e aplicado a todos os seres humanos, a maior parte dos católicos acredita que a interrupção da gravidez seria pecado contra a vida humana e inocente. Nem mesmo por uma boa razão, a exemplo da saúde da mãe, seria possível o aborto, o que significa dizer que a Igreja é contra as hipóteses de aborto legais, excepcionadas pelo Código Penal. “A Igreja se coloca como instância de julgamento ético acima da ciência, chamando a si o direito de definir a moralidade da ação abortiva.”²⁵⁰

O princípio fundamental da dignidade humana na área da sexualidade e da reprodução, na realidade brasileira, vem sendo desconsiderado e dá espaço a uma massiva e perversa desigualdade entre os gêneros influenciada, essencialmente, por ideologias religiosas.²⁵¹ Inicialmente, o fundamento que legitimou a proibição do aborto na Igreja relaciona-se ao adultério e à fornicação, na medida em que separam o ato sexual da intenção de procriar. O adultério já foi considerado crime no Brasil, mas não o é mais desde 2005, enquanto o aborto persiste como crime e muito por conta da interpretação cristã sobre o início da vida humana.

A visão de Católicas pelo Direito de Decidir vai em sentido oposto, com o objetivo de explicitar a dúvida sobre esse posicionamento estrito da Igreja e até mesmo de justificar a decisão pela interrupção da gravidez enquanto comportamento moral e religiosamente defensável. Entendem que a ciência não tem dados conclusivos, sem qualquer questionamento, sobre o início da vida

²⁴⁹ HURST, Jane. *Uma história não contada: a história das ideias sobre o aborto na Igreja Católica*. Tradução de Sandra Lampreia. 4. ed. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2000. p. 9-11; p. 22 e p. 34-37.

²⁵⁰ ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares. Aborto: um tema em discussão na Igreja Católica. O surgimento de “Católicas pelo Direito de Decidir”. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 27-28 e p. 31.

²⁵¹ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. *Aborto, Estado de Direito e Religião*. Folha de S. Paulo, 06.10.2003.

humana e que não se pode, a priori, defender que o direito à vida tem primazia sobre todos os demais direitos humanos. Ademais, a própria Igreja Católica admite exceções ao direito à vida, como em caso de legítima defesa, guerra justa ou pena de morte, o que coloca em cheque a suposta incondicionalidade. Seria absoluto o princípio, pois a vida intrauterina é considerada uma vida inocente, mas acaba enfraquecendo o argumento eclesial o fato de que um mesmo preceito é flexibilizado em outras hipóteses relacionadas.²⁵²

A visão do grupo parte de um princípio integrante da fé católica, o recurso à própria consciência. A Igreja não retira de cada indivíduo a responsabilidade individual por suas decisões que são possíveis pelo livre arbítrio, mas sim capacita as pessoas à tomada de decisões informadas. Se a pessoa, após informada reflexão e oração, está convencida de que sua consciência está correta, ainda que esteja em conflito com o ensino moral católico, pode e até mesmo deve seguir o que dita sua consciência. Em outros termos, consciente do que significa o aborto, de suas consequências e convencida de que é a melhor opção para si, a mulher poderia fazer sua escolha independente da moralidade imposta pelo seu batismo.²⁵³

O grupo Católicas Pelo Direito de Decidir surge com o objetivo de sistematizar o discurso alternativo e propor ações relacionadas ao empoderamento feminino e à possibilidade de controle do próprio corpo. Tem início nos Estados Unidos, como forma de contestação à sociedade e, sinteticamente, na luta por três direitos básicos: liberdade religiosa, pluralismo e direito a dissentir. “Catholics for a Free Choice” (CFFC) teve sua fundação em 1973, em Nova Iorque, e mudou-se para Washington em 1976 com o objetivo de aumentar o lobby com os legisladores. É a crença na possibilidade de reflexão séria e responsável para tomada de decisão por parte de homens e mulheres que move os argumentos de Católicas. A Igreja coloca a mulher no papel

²⁵² ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares. Aborto: um tema em discussão na Igreja Católica. O surgimento de “Católicas pelo Direito de Decidir”. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 33 e p. 48-50.

²⁵³ HURST, Jane. *Uma história não contada: a história das ideias sobre o aborto na Igreja Católica*. Tradução de Sandra Lampreia. 4. ed. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2000. p. 48.

estereotipado de virgem ou de mãe, mitifica a maternidade, como se fosse mandatória.²⁵⁴

A freira Ivone Gebara foi uma das precursoras dessa ideia no Brasil e revelou sua posição publicamente em entrevista à Revista Veja em outubro de 1993 com o título “Aborto não é pecado”, em que esclarecia que a proibição do aborto na Igreja Católica foi conduzida por homens celibatários e fechados em seu mundo religioso, unilateralmente, e que ela considera uma hipocrisia que serve a prejudicar as mulheres pobres, tendo em vista as ricas conseguirem pagar por um procedimento seguro. A proibição ao aborto é por ela vista como resultado da falta de diálogo do Vaticano com o mundo contemporâneo. O Evangelho não trata sobre o aborto, o que faz com que Gebara entenda não ser um pecado. Ela considera justo o aborto em todas as hipóteses em que a mãe não tenha condições psicológicas de assumir a criança e, ainda, que a gestante tem sim algum direito sobre o feto em seu útero. “O aborto é violento. É sempre uma opção traumática, nunca um caminho de alegria. Mas é uma violência que existe e como tal deve ser legislado.” A religiosa entende que o tema é delicado, mas que há que se considerar a vida da mãe, não apenas a possibilidade de nascimento do feto. “É uma questão que diz respeito à sociedade civil. A legalização do aborto é necessária e não pode ser impedida por credos religiosos.”²⁵⁵ Frei Betto, da Teologia da Libertação, também publicou na mídia nacional uma carta direcionada ao pontífice, de que se destaca a indagação da razão pela qual não se condena a pena de morte e a fabricação de armas com a mesma veemência com que se abomina o aborto.²⁵⁶

Católicas pelo Direito de Decidir organizou-se a partir de 1993 no Brasil. O objetivo desde o início era o rompimento com a apatia mesmo de grupos considerados progressistas na Igreja Católica. Com a visita de João Paulo II ao Brasil, em 1997, diversos grupos conservadores ganharam espaço na sociedade

²⁵⁴ ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares. Aborto: um tema em discussão na Igreja Católica. O surgimento de “Católicas pelo Direito de Decidir”. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 52-55

²⁵⁵ ENTREVISTA: IVONE GEBARA. *Aborto não é pecado*. A freira católica afirma que a proibição do aborto é uma hipocrisia da Igreja que só prejudica as mulheres pobres. Kaíke Nanne e Mônica Bergamo. Revista Veja, 06.10.1993. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervo/home.aspx>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁵⁶ FREI BETTO. *Querido Papa*. Folha de S. Paulo, 05.10.1997.

e conseguiram, inclusive, impedir a aprovação de legislação concernente ao aborto no Congresso Nacional.²⁵⁷ CDD enviou uma carta aberta ao papa, pedindo a igualdade entre homens e mulheres, inclusive do ponto de vista sacerdotal, a não imposição do direito à maternidade, o reconhecimento do direito ao corpo e à sexualidade, aqui presente o direito ao aborto.²⁵⁸

A Frente pela Legalização do Aborto segue o mesmo entendimento. Declara-se um grupo formado pelo esforço de organizações e indivíduos que se indignam quando veem uma mulher morrendo por não ter tido sua escolha de não ser mãe respeitada e praticar aborto em péssimas condições de higiene. Como referido, a criminalização do aborto não impede que ele seja realizado, só provoca a clandestinidade das mulheres.²⁵⁹

A Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras, em 2002, lançou a Plataforma Política Feminista, com uma síntese de pautas e reivindicações do movimento. Constam da carta os direitos sexuais e reprodutivos, além de ser expressa a luta pela legalização do aborto, visto como uma prática comum em todo o país e no mundo, com a diferença que, em países onde é legalizado, as mulheres não sofrem, não arriscam suas vidas e saúde com a prática de procedimentos clandestinos. Propõem, portanto, a reapropriação das mulheres de seus corpos para que possam tomar as decisões sobre a sexualidade e exercício de direitos reprodutivos, sobre ter ou não ter filhos, e que possam decidir livremente se desejam ou não prosseguir com a gestação, sem que isso implique a decisão entre a clandestinidade e prática de um crime ou a impossibilidade de ter controle sobre seu corpo.²⁶⁰ Em 2004 ocorreu a criação

²⁵⁷ Atualmente, o grupo Católicas pelo Direito de Decidir tem por estratégia de divulgação e convencimento a elaboração de cartilhas simplificadas, de linguagem didática, facilitando o entendimento das concepções religiosas e das mudanças na legislação da Igreja, além de tratar dos direitos reprodutivos e do fundamentalismo religioso, muito presente na sociedade brasileira. Há também o lobby junto a parlamentares dispostos a defender a possibilidade de aborto e de manter as conquistas que já foram obtidas, a exemplo dos métodos contraceptivos, da pílula do dia seguinte e do DIU. As cartilhas e demais publicações estão disponíveis no sítio eletrônico da organização: <<http://catolicas.org.br/category/biblioteca/publicacoes/>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁵⁸ ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares. Aborto: um tema em discussão na Igreja Católica. O surgimento de “Católicas pelo Direito de Decidir”. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 57-66.

²⁵⁹ Disponível em: <<https://frentelegalizacaoaborto.wordpress.com/>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁶⁰ CONFERÊNCIA NACIONAL DE MULHERES BRASILEIRAS. *Plataforma Política Feminista*. Aprovada na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras. Brasília, 2002. p. 55-57.

das Jornadas Brasileiras pelo Direito ao Aborto Legal e Seguro, como consequência de um processo de mobilização e aglutinação de aliados e membros do movimento feminista por mudanças na legislação punitiva brasileira.²⁶¹ No ano seguinte foi formada a comissão tripartite, organizada pelo governo federal, formada por membros do Legislativo, Executivo e sociedade civil para discutir propostas de alteração legislativa.²⁶²

Como se observa, o aborto é uma pauta do movimento feminista, inserido na lógica de direitos das mulheres e de liberdade reprodutiva. Ele tem sido objeto de atuação pelo movimento na mudança de mentalidade, na modificação da legislação restritiva e punitiva, na aplicação de políticas públicas, assim como no trabalho com a imprensa.²⁶³ É um tema controverso e, portanto, demanda atuação constante do movimento. Essa pressão vem sendo feita a partir dos grupos feministas junto aos parlamentares, mas encontra forte resistência da bancada evangélica e dos setores conservadores em geral. É o desafio que se estabelece ao movimento feminista desde a Constituinte e, com o crescimento de discursos retrógrados e de parlamentares de ideologia conservadora, se acentua a necessidade de mobilização feminina.

3.3. Propostas legislativas relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres – um passo em frente, dois passos atrás

Dadas as controvérsias que envolvem a tutela dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e a proteção jurídica dada ao nascituro no ordenamento brasileiro, há um grande número de projetos legislativos envolvendo o tema, tanto para ampliar as hipóteses já permitidas de aborto legal quanto para extinguir direitos já conquistados. A Igreja Católica exerceu pressão sobre o Congresso Nacional na tentativa de aprovar projetos para a retirada do Código Penal das hipóteses de aborto legal já previstas, juntamente com igrejas

²⁶¹ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 138-139.

²⁶² Tratar-se-á mais a respeito dos resultados da comissão tripartite na sequência da pesquisa.

²⁶³ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese*. Revista brasileira de Estudos de População. São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006. p. 373.

de confissão evangélica. Igualmente, o movimento feminista trabalhou com a pressão política a deputados e senadores na perspectiva de ampliação dos direitos, seja para a inserção da permissão do aborto em qualquer caso, seja para a regulamentação dos serviços de atendimento a casos de aborto legal.

A Constituição calou acerca do aborto e do início da vida humana, deixando à legislação infraconstitucional a tutela desses temas. Percebe-se, portanto, a relevância na análise do trabalho do Congresso Nacional nesse período pós mudança constitucional. E é essencial observar que o Código Penal brasileiro, de 1940, instrumento que criminaliza o aborto, foi promulgado no período de regime ditatorial do Estado Novo, quando o Congresso Nacional estava fechado (e só voltou a funcionar normalmente em 1946, com a Assembleia Constituinte). Quando editou essa lei, “o legislador não pensou na mulher”.²⁶⁴ Daniel Sarmiento destaca que a autonomia reprodutiva da mulher era uma questão absolutamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do período em que o Código foi editado²⁶⁵, o que é evidenciado com o uso de expressões que denotam a uma evidente discriminação contra a mulher, a exemplo do termo “mulher honesta” do art. 215, art. 216 e art. 219 do Código.²⁶⁶ Na legislação civil, o Código Civil de 2002 estabeleceu, desde os art. 1º e 2º, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil e que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (e a existência da pessoa natural se extingue com a morte), mas que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.²⁶⁷

²⁶⁴ ENTREVISTA: Maria Berenice Dias. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 109.

²⁶⁵ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 2-3.

²⁶⁶ Maurício Rands, retratando as mudanças no Código Penal, em 2005, que levaram à exclusão de termos como “mulher honesta” e do crime de adultério, assevera que as revisões em questão não apresentam grandes efeitos práticos, mas que pautar a discussão já fez com que a igualdade de gênero e o combate à discriminação fossem debatidos, o que por si já tem relevância. [RANDS, Maurício. *Valores Democráticos e Mudança*. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 12.]

²⁶⁷ Ainda que a data de promulgação do Código Civil vigente hoje no Brasil seja 10 de janeiro de 2002, é necessário compreendê-lo como uma lei que já nasceu atrasada. A tramitação do projeto no Congresso Nacional ocorreu desde 1973 e a Lei de Introdução ao Código Civil (redação original, alterada em 2010 para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o Decreto-lei n. 4657 é de 1942. O projeto foi aprovado em 1984 e passou por mudanças e emendas até ser promulgado e publicado. É um reflexo de seu tempo – não do tempo em que entrou em vigor, mas sim do tempo em que foi elaborado.

Ainda que não haja previsão constitucional em qualquer dos sentidos (proibindo ou permitindo o aborto), “a redemocratização do país, que teve seu início em meados dos anos 80, teve peso fundamental para tornar a questão do aborto mais visível, criando condições para ampliação do debate e elaboração de novas normas e políticas públicas, bem como novas decisões no âmbito do Judiciário”. Com o fortalecimento de grupos da sociedade civil em torno da busca de direitos, acentuou-se a participação da população, inclusive do movimento feminista.²⁶⁸ Ademais, não proibir ou permitir não significa que a questão do aborto seja um “indiferente constitucional”, posto que engloba um complexo conjunto de princípios e direitos tutelados por normas constitucionais.²⁶⁹

A Carta constitucional, ademais, consagrou direitos que implicam a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, a exemplo do direito à igualdade perante a lei (art. 5º, caput, e inciso I), da inviolabilidade da intimidade, da vida privada (inciso X do mesmo artigo). São esferas de proteção que dão concretude aos direitos sexuais e reprodutivos. Além disso, consagrou o direito à saúde (art. 196) enquanto direito de todos e dever do Estado, que deve garanti-lo através de políticas públicas. Há a previsão, a partir dos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, do planejamento familiar (art. 226, § 7º da Constituição), de livre decisão do casal, sendo que ao Estado cabe propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.²⁷⁰ O art. 226, § 7º, foi regulamentado pela Lei n. 9263/96, especialmente em relação ao planejamento familiar, definido enquanto conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. A lei determina que o Sistema Único de

²⁶⁸ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese*. Revista brasileira de Estudos de População. São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006. p. 369.

²⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 22.

²⁷⁰ Há Estados em que o planejamento familiar é imposto coercitivamente para limitar o número de filhos do casal, objetivando o controle de natalidade. Um exemplo é a chamada “política do filho único”, implantada na República Popular da China para conter a explosão demográfica no final da década de 1970. Em outubro de 2015, o governo chinês anunciou a intenção de revogação dessa política, passando a permitir até dois filhos por família. (Sobre o tema: <<http://edition.cnn.com/2015/10/29/asia/china-one-child-policy/index.html>>; <<http://www.tagesschau.de/eilmeldung/eilmeldung223.html>>; <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151029_china_bomba_demografica_cc>. Acesso em 16.11.2015).

Saúde dê atenção e assistência à concepção e contracepção, além de atendimento pré-natal, assistência ao parto, ao puerpério, ao neonato, ao controle de doenças sexualmente transmissíveis e de cânceres relacionados ao sistema reprodutivo.

Especialmente em relação ao direito à saúde, a proibição legal ao aborto não impede sua prática, mas gera uma lesão coletiva aos direitos de saúde das mulheres brasileiras em idade fértil em função dos efeitos práticos da norma, que leva à clandestinidade.²⁷¹ O efeito é desastroso, com um número elevado de mulheres levadas a práticas inseguras, sem higiene e com graves riscos às suas vidas e saúde.²⁷²

Em 1996, uma Proposta de Emenda à Constituição foi apresentada no Congresso Nacional com o objetivo de proibir qualquer prática de aborto induzido, mesmo nos casos já excepcionados legalmente (gravidez decorrente de estupro e risco à vida da mãe). A proposta foi rejeitada na Câmara dos Deputados. No entanto, ela reflete a discussão travada no Brasil desde a década de 1940. O ápice do debate relacionado ao aborto se deu a partir de 1980, com a redemocratização do país, tendo como atores políticos (e sociais) a Igreja Católica, segmentos da categoria médica, do movimento feminista e também religiosos evangélicos.

Rulian Emmerick faz um apanhado desses projetos de 1949 a 2007. Apenas nesse período, são mais de cento e vinte propostas de lei, lei complementar, Emenda à Constituição e requerimentos. A temática dos projetos envolve os fármacos de ação abortiva, tanto para permitir sua comercialização quanto para impedir que façam propagandas e sejam vendidos em território nacional; a proteção jurídica ao nascituro; a exclusão das hipóteses de aborto legal em caso de estupro e de risco à vida da mãe, com a proibição completa da

²⁷¹ A percepção de que a prática da conduta delituosa não é impedida, mas deixada à clandestinidade, é comum ao aborto e ao consumo de drogas leves, a exemplo da maconha. O uso de maconha não prejudica terceiros; ele envolve apenas o consumidor, mas este pratica conduta ilícita, segundo a legislação brasileira, no consumo (ainda que não haja pena para tanto) e para adquirir o produto. A questão está sob análise do Supremo Tribunal Federal, com a repercussão geral dada ao RE 635659. Os votos dos ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso consideram essa noção. Já foram proferidos três votos e a ação encontra-se, no momento, em vista em razão do pedido do Ministro Teori Zavascki. Movimentação processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁷² SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 36.

prática; a inclusão do tipo penal de aborto eugênico; a regulamentação de centros de atendimento às mulheres que desejam praticar aborto legal; entre outros.²⁷³

Maria Isabel Baltar da Rocha também se debruça sobre o tema. Entre 1946 e 1971, foram seis legislaturas, nas quais três proposições legislativas acerca do tema aborto foram apresentadas após a reabertura do Congresso. Entre 1971 e 1983, período de três legislaturas, houve treze proposições sobre o tema, com participação ainda restrita de movimentos e grupos sociais. Entre 1983 e 1991, duas legislaturas, foram formuladas quinze proposições legislativas acerca do tema; entre 1991 e 1995 foram dezoito proposições concentradas em uma única legislatura – é o período em que os debates sobre o tema se intensificam, pós-redemocratização e já sob a égide de uma nova Constituição. A maioria das propostas se refere a alterações no Código Penal brasileiro. Rocha afirma que nunca houve no país uma política populacional explícita referente à fecundidade, a não ser um programa de proteção integral à saúde da mulher, voltado à saúde reprodutiva, mas sem objetivos demográficos. Na Constituição há referência ao planejamento familiar, considerado um direito do casal.²⁷⁴ A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, elaborada em 2004, foi essa única iniciativa mencionada por Rocha.²⁷⁵

Dentre todos esses projetos, o primeiro a ser aprovado, em 1979, foi de autoria do senador Aloysio Chaves (Aliança Renovadora Nacional, Pará), que modificava o art. 20 da Lei de Contravenções Penais, cujo resultado foi a supressão da proibição de anúncio de substâncias ou objetos referentes à contracepção do texto legal, com a manutenção da referência em relação ao

²⁷³ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124-146 e p. 209-223.

²⁷⁴ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso. *Revista Estudos Feministas*. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 383-386.

²⁷⁵ Os objetivos da PNAISM são: a promoção da atenção obstétrica e neonatal, qualificada e humanizada, com ênfase na redução da morte materna, incluindo a assistência ao abortamento em condições inseguras e previsto em lei para mulheres e adolescentes, tendo como estratégia a Rede Cegonha; promoção, conjuntamente com o PN-DST/AIDS/ MS, da prevenção e do controle das doenças sexualmente transmissíveis, da infecção pelo HIV/aids e Hepatites Virais nas mulheres; redução da morbimortalidade por câncer na população feminina; implementação da saúde sexual e reprodutiva, no âmbito da atenção integral à saúde da mulher; implementação da saúde da mulher Idosa, no âmbito da atenção integral à saúde da mulher; apoio na Implementação das ações no campo da Saúde no Programa Mulher Viver sem Violência. Há mais informações sobre essa política disponíveis em <<http://www.spm.gov.br/assuntos/saude-integral-da-mulher>>. Acesso em 16.11.2015.

aborto. O segundo projeto aprovado com modificações foi de autoria de Eduardo Jorge (à época, membro do Partido dos Trabalhadores de São Paulo) e Sandra Starling (Partido dos Trabalhadores, Minas Gerais), ambos deputados, e modificava a legislação trabalhista (art. 131, II da CLT) no sentido de permitir que as faltas da trabalhadora em decorrência de aborto (independentemente das circunstâncias em que este ocorresse) fossem abonadas. Eduardo Jorge foi autor de uma série de proposições legislativas na década de 1990, com estratégia gradualista, distribuindo por diferentes projetos de lei diferentes as possibilidades de permissão para a prática do aborto. Jandira Feghali²⁷⁶ foi outra deputada que se destacou nesse sentido, que apresentou, no mesmo período, quatro projetos de lei pela descriminalização e aumento de permissões para o aborto.²⁷⁷

O pensamento da Igreja Católica sobre o tema nunca saiu do debate. A mencionada proposta de emenda constitucional visando inserir no texto da Carta a inviolabilidade da vida entre o rol constante dos direitos e deveres individuais e coletivos é uma tradução do discurso oficial da Igreja. A emenda buscava ainda determinar que a interrupção da gravidez fosse considerada crime hediondo contra a vida e proibir que projetos de lei vieses a legalizar ou descriminalizar o aborto. Juntamente com outros grupos cristãos, os movimentos “pró vida”, que defendem o nascimento, seguem acompanhando ativamente as atividades legislativas, inclusive com uma frente parlamentar “pró vida” e com a participação de movimentos auto intitulados “pró vida e pró família”. A inovação está no ingresso de novos grupos cristãos, contrários à doutrina oficial, tais como as Católicas pelo Direito de Decidir.²⁷⁸ Ainda assim, até a década de 1980, a influência da Igreja era mais defensiva do que propositiva no Congresso Nacional – e então passa a ter mais influência direta.²⁷⁹

Esse pensamento conservador cristão estimulou a formulação de vários projetos de lei, a exemplo da proposição do deputado Matheus Iensen,

²⁷⁶ Na década de 1990, tanto Eduardo Jorge como Jandira Feghali eram do Partido dos Trabalhadores. Hoje, ele é do Partido Verde e ela do Partido Comunista do Brasil.

²⁷⁷ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso. *Revista Estudos Feministas*. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 383-388 e p. 395.

²⁷⁸ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso. *Revista Estudos Feministas*. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 389-390.

²⁷⁹ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. *Revista brasileira de Estudos de População*. São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006. p. 370.

objetivando o aumento da penalidade prevista para a prática abortiva (PL 3872/1989). Outro foi o projeto de Francisco Dias (Partido do Movimento Democrático Brasileiro, São Paulo), que determinava a expedição de registro civil aos fetos. Ainda nesse sentido, o projeto de Osmânio Pereira (Partido Trabalhista Brasileiro, Minas Gerais), identificado com a Igreja Católica, foi o mais explicitamente contrário à possibilidade de aborto e tinha como objetivo torná-lo crime hediondo contra a vida, além de tornar inconstitucional o art. 128 do Código Penal (que traz as exceções), bem como leis que visassem legalização ou descriminalização da prática.

Há projetos em tramitação sobre o tema em ambos os sentidos, tanto para descriminalizar quanto para extinguir as possibilidades já existentes. Em 2005, foi proposto projeto de lei que ficou conhecido como Estatuto do Nascituro (PL 6150/05), que daria proteção integral ao nascituro, entendido como o ser humano concebido, mas ainda não nascido, incluídos os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito, segundo texto do projeto de autoria de Osmânio Pereira (Partido Trabalhista Brasileiro, Minas Gerais) e Elimar Máximo Damasceno (Partido da Reedificação da Ordem Nacional, São Paulo).²⁸⁰ O nascituro

²⁸⁰ A justificação do PL 6150/05 inicia tratando de legislação aprovada pelo Senado dos Estados Unidos da América, em março de 2004, que concede à criança por nascer (nascituro) o status de pessoa, no caso de um crime, bem como da lei sancionada por George W. Bush, chamada “Unborn Victims of Violence Act” (Lei dos Nascituros Vítimas de Violência), entendendo que tais normas proibiriam que se causasse morte ou lesão a uma criança no ventre de sua mãe, que importaria em crime pela morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante. Cita que na Itália, também em março de 2004, entrou em vigor uma lei que dá ao embrião humano os mesmos direitos de um cidadão. Portanto, os autores do projeto entenderam que “não seria má ideia” se o Brasil seguisse tais exemplos (que consideram bons) e promulgasse uma lei que dispusesse exclusivamente sobre a proteção integral ao nascituro, conforme entendem ser a determinação do Pacto de São José de Costa Rica. Diz ainda: “A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades. É verdade que as penas continuarão sendo suaves para um crime tão bárbaro, mas haverá um avanço significativo em nossa legislação penal. (...) A pena para o aborto será cadeia de verdade! Parece até um sonho diante da impunidade reinante neste país para quem mata criancinhas. Por ser um projeto inovador, que trata sistematicamente de um assunto nunca tratado em outra lei, peço uma atenção especial aos nobres pares. Seria tremenda injustiça se esta proposição tramitasse em conjunto com tantas outras, que tratam apenas de pequenas parcelas do tema que aqui se propõe. Queira Deus que esta Casa de Leis se empenhe o quanto antes em aprovar este Estatuto, para alegria das crianças por nascer e para orgulho desta pátria.” É notória a confusão entre a religião e a esfera pública na última frase transcrita. O discurso parece pouco afeito às razões públicas, encarando o aborto como um “assassinato de criancinhas” e com conteúdo panfletário, voltado aos grupos pró nascimento que

adquiriria personalidade jurídica ao nascer com vida, mas a sua natureza humana seria reconhecida desde a concepção, pelo que deveria ter proteção jurídica através do estatuto, além da legislação civil e penal. Ainda, o nascituro gozaria da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

No que diz respeito à gravidez decorrente de estupro, a redação do projeto previa a vedação ao Estado e aos particulares de causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores e, também, que o nascituro concebido em um ato de violência sexual não poderia sofrer qualquer discriminação ou restrição de direitos.²⁸¹ Isso implicaria em acabar com a possibilidade de aborto do art. 128, II, do Código Penal. O projeto também pretendia proibir a pesquisa com células tronco embrionárias, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões no país.

O PL 6150/05 foi arquivado em 31 de janeiro de 2007, mas tramita outro projeto semelhante, de 2007, com autoria de Luiz Bassuma (então do Partido dos Trabalhadores da Bahia), posteriormente expulso por sua posição pró nascimento e contrária às diretrizes do partido no tema – o Partido dos Trabalhadores havia tirado decisão de apoiar a descriminalização do aborto no congresso partidário em 2007) e Miguel Martini (Partido Humanista da Solidariedade, Minas Gerais) e conteúdo muito próximo ao do primeiro (Projeto de Lei 478/07).²⁸² Prevê a proteção integral ao nascituro (enquanto ser humano concebido e ainda não nascido, inclusive o concebido externamente ao útero materno). Prevê as mesmas expectativas de direito, mesmos direitos, mesmas disposições quanto à interrupção (aborto enquanto crime hediondo), mesmas

apoiam a aprovação desse tipo de legislação. Tem-se, desse modo, um retrato do que os dispositivos do projeto previam. (PL 6150/05. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/353042.pdf>>. Acesso em 16.11.2015.)

²⁸¹ Nesse aspecto, o projeto previa que o nascituro proveniente de estupro não apenas teria direito à não discriminação, mas ainda que teria direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante; direito a pensão alimentícia equivalente a um salário mínimo, até completar dezoito anos; e direito prioritário à adoção, caso a mãe não desejasse assumir a criança após o nascimento. Se fosse identificado o genitor, seria ele o responsável pela pensão alimentícia; se não fosse identificado, ou se fosse insolvente, a obrigação recairia sobre o Estado.

²⁸² O PL 478/07 teve o substitutivo aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara em junho de 2013 e seguiu para a Comissão de Constituição e Justiça, que, após desarquivamento por parte da mesa diretora da Câmara dos Deputados em 2015, solicitou a realização de audiência pública para debater o Estatuto do Nascituro. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em 16.11.2015.

fundamentações na justificação que culmina, inclusive, esclarecendo que Osmânio Pereira (Partido Trabalhista Brasileiro, Minas Gerais), autor do projeto original, pediu que o projeto fosse novamente colocado em tramitação com a nova legislatura (2007-2010).²⁸³

Note-se que, com aprovação desses projetos, não haveria como se pensar em legislação mais progressista no que diz respeito ao aborto. São projetos que têm sido alvo de muitas discussões e críticas, principalmente por resultar na proibição do aborto, em qualquer situação, pois considera que a vida humana tem início desde a concepção. Eles se desenvolvem com um conteúdo religioso forte, partindo da sacralidade e inviolabilidade da vida humana e da equiparação do feto a um ser humano plenamente desenvolvido, nascido. O texto do Estatuto do Nascituro extingue conquistas já obtidas em matéria de direitos reprodutivos, sendo um retrocesso em termos do reconhecimento da liberdade e autonomia das mulheres, através da imposição da maternidade compulsória e legitimação da violência. “A tentativa de construção do feto como pessoa, encabeçada pelos grupos religiosos, mesmo que ainda perpassasse argumentos da moral religiosa, busca, concomitantemente, se apropriar cada vez mais da gramática e dos símbolos próprios da ciência com o objetivo de respaldar e fornecer credibilidade às suas demandas.” O embrião teria alma e genética humanas, sendo dotado de uma individualidade própria. A escolha é por uma política de gerenciamento da sexualidade e da reprodução.²⁸⁴

Essa é uma conotação que não é exclusiva de parlamentares, mas que encontra adeptos também na doutrina jurídica brasileira. Luciano Dalvi Norbi é um jurista que entende que a vida humana tem início na concepção e que este é o primeiro dos direitos das pessoas. Em sua visão, a chamada teoria concepcionista (de que a vida tem início com a fecundação do óvulo) é a mais moderna e única que não afronta o direito à vida, de modo que o nascituro teria direitos legalmente assegurados, como a personalidade civil, e seria, portanto, uma pessoa. Ele considera, inclusive, que não seria possível aborto para salvar

²⁸³ PL 478/07. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra?codteor=443584>. Acesso em 16.11.2015.

²⁸⁴ RIBEIRO, Jullyane Carvalho. *Sobre o Estatuto do Nascituro: a reprodução como alvo de disputa*. Texto apresentado no Seminário de Sociologia: “Religião e Legalidade”, realizado no dia 6 de novembro de 2013, no Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Disponível em: <http://ceam.unb.br/nepem/2.0/wp-content/uploads/2013/07/Sobre-o-Estatuto-do-Nascituro-_Jullyane-Ribeiro-NEPeM.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

a vida da gestante, uma vez que sua vida teria o mesmo valor da vida do feto que carrega em seu útero e mereceriam a mesma proteção jurídica.²⁸⁵

Ives Gandra da Silva Martins, ao comentar decisão do Supremo Tribunal Federal favorável à interrupção da gestação de fetos anencéfalos²⁸⁶, assevera que a decisão abria espaço aos “cultores da morte”, aos “homicidas uterinos” e aos que “pretendem transformar o ser humano em lixo hospitalar”, falando em “morte de nascituros” e em um possível eugenismo. O autor compara duas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos: uma de 1987 relacionada à escravidão (caso Dred Scott) e a decisão em Roe v. Wade, de 1973, que autorizou o aborto no país. Em ambos os casos, a ideia expressa juridicamente é de que não se trataria de uma pessoa perante a lei (escravo/nascituro), pertencente a um outro ser humano até adquirir a própria personalidade civil, e em que o argumento da consciência poderia ser aplicado (a pessoa que não desejar não é obrigada a ser dona de um escravo ou a abortar). Ele conclui que “a Constituição garante a todos os seres humanos, bem ou malformados, sadios ou doentes, o direito à vida desde a concepção”.²⁸⁷

Daniel Sarmento apresenta concepção diversa acerca do nascituro. Entende, primeiramente, que a proteção jurídica dada ao nascituro pela ordem constitucional não deve ter como ponto de partida pré-compreensões de ordem religiosa ou metafísica particulares, uma vez que o Estado brasileiro se reveste da laicidade. Defende o autor que o ordenamento jurídico brasileiro deixa claro que não dá a mesma proteção ao feto e ao ser humano já nascido, o que é constatado, por exemplo, a partir da pena atribuída à gestante que pratica aborto (1 a 3 anos de detenção) em comparação à pena por homicídio (6 a 20 anos de detenção). O nascituro, embora tenha vida, não é uma pessoa – o que não decorre apenas da lei. Sarmento afirma que, por mais que o Pacto de San José da Costa Rica tenha colocado a salvo a vida humana, em geral, desde a concepção, a expressão em geral denota que a proteção dada à vida intrauterina

²⁸⁵ NORBIM, Luciano Dalvi. *O Direito do Nascituro à Personalidade Civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 41-45 e p. 57-69.

²⁸⁶ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que tratou da antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia, será analisada na sequência da pesquisa.

²⁸⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Supremo e o homicídio uterino. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 31-35.

seria um princípio, não uma regra.²⁸⁸ Os direitos do nascituro são, principalmente, direitos de ordem patrimonial, com conteúdo sucessório.²⁸⁹

No mesmo sentido, Roberto Arriada Lorea assevera que “não há qualquer obstáculo de ordem jurídica à aprovação da reforma legal para descriminalizar o aborto no Brasil”, uma vez que a ausência de previsão de que a vida começa com a concepção seria evidência de que a Constituição não adotou tal teoria. Ademais, o fato de haver previsão expressa ao planejamento familiar é também significativo, pois este garante a proteção de direitos sexuais e reprodutivos.²⁹⁰

Ainda no âmbito legislativo, e também contrariamente à legalização do aborto, o deputado Eduardo Cunha (Partido do Movimento Democrático Brasileiro, Rio de Janeiro)²⁹¹ propôs projeto de lei que procura restringir os direitos das mulheres, na medida em que tipifica como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto (PL 5069/13).²⁹² O projeto foi aprovado na Comissão de

²⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 28-34.

²⁸⁹ FEGHALLI, Jandira. Aborto no Brasil: obstáculos para o avanço da legislação. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 217.

²⁹⁰ LOREA, Roberto Arriada. Aborto e Direito no Brasil. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 176-179.

²⁹¹ Eduardo Cunha é autor de outros projetos com o objetivo de dificultar ou proibir ainda mais a prática do aborto, a exemplo do PL 7443/06, que pretende a inclusão do tipo penal de aborto como modalidade de crime hediondo; do PL 1545/11, que tipifica o crime de aborto praticado por médico quando não for os tipos admitidos no Código Penal: necessário ou quando a gravidez resultante de estupro (sentimental); e do PL 6033/13, com o objetivo de revogar a Lei nº 12.845, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual e garante diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas, amparo médico, psicológico e social imediatos, facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual, profilaxia da gravidez, profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis, coleta de material para realização do exame de HIV para posterior acompanhamento e terapia, fornecimento de informações às vítimas sobre os direitos legais e sobre todos os serviços sanitários disponíveis.

²⁹² A justificação do PL 5069 é peculiar. Nela, é dito que “a legalização do aborto vem sendo imposta a todo o mundo por organizações internacionais inspiradas por uma ideologia neo-maltusiana de controle populacional, e financiadas por fundações norte-americanas ligadas a interesses super-capitalistas. A pressão internacional financiada pelas grandes fundações se iniciou em 1952 quando o Population Council, instituído pela família Rockefeller, decidiu iniciar um trabalho de longo prazo com o objetivo de obter o controle demográfico dos países considerados subdesenvolvidos.” Nota-se que o entendimento adotado é de que o aborto é um instrumento de controle de natalidade, não é visto como uma escolha da mulher que não se vê preparada para uma gestação. Não trata da questão enquanto um problema de saúde pública, mas sim parte do pressuposto de que a legislação proibitiva é cumprida e que, portanto, proibir outras condutas relacionadas seria garantia de que as condutas não mais seriam praticadas –

Constituição e Justiça em outubro de 2015. A redação torna crime anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, induzir ou instigar gestante a usar substância ou objeto abortivo, instruir ou orientar gestante sobre como praticar aborto, ou prestar-lhe qualquer auxílio para que o pratique, ainda que sob o pretexto de redução de danos. A pena é agravada se o agente é funcionário da saúde pública, ou exerce a profissão de médico, farmacêutico ou enfermeiro e aumenta de um terço se é menor de idade a gestante a que se induziu ou instigou o uso de substância ou objeto abortivo, ou que recebeu instrução, orientação ou auxílio para a prática de aborto. A compreensão do autor é de que o aborto é um meio de controle populacional, não um direito que reflete o controle da mulher sobre seu próprio corpo.

A reação ao projeto por parte do movimento feminista se deu em especial por conta de hipótese já consagrada na legislação, no caso de aborto por gravidez decorrente de estupro.²⁹³ Com a mudança na legislação, os médicos correriam o risco de punição se tratassem das possibilidades dessa mulher em não prosseguir com a gestação (que só ocorreu por violência sexual). A proposta afasta as mulheres do atendimento, quando podem usufruir de consultas psicológicas, informações, remédios contra doenças sexualmente transmissíveis, e mesmo da pílula do dia seguinte, que pode acabar com a necessidade de um aborto posterior. No entanto, a venda e mesmo o anúncio da pílula seria proibido com a aprovação do projeto, um notável retrocesso nos direitos das mulheres.

Há um projeto em sentido oposto de autoria de Jean Wyllys (Partido Socialismo e Liberdade, Rio de Janeiro), o PL 882/05²⁹⁴. Tem como objeto a

não de que, como de fato acontece, cairiam na clandestinidade. Chega a afirmar que as grandes corporações estadunidenses que bancaram a luta pela descriminalização teriam “enganado as feministas”, usado as mulheres sob o pretexto dos direitos reprodutivos, relegando as mulheres a uma posição subalterna e de pouca consciência.

²⁹³ Nesse sentido: <<http://blogueirasfeministas.com/2015/09/aborto-o-pl-50692013-e-outros-retrocessos-no-congresso-nacional/>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁹⁴ Na justificativa, Jean Wyllys destaca que não é verdadeiro que a legalidade ou ilegalidade do aborto seguro interfira na possibilidade real da sua prática. “Estima-se que no país ocorram, anualmente, entre 729 mil a 1 milhão de abortamentos inseguros, embora o aborto seja ilegal. (...) Não se trata de uma questão de direito penal, mas de saúde pública.” Outro problema com a criminalização do aborto seria a ideia de “defesa da vida”, uma vez que resulta na morte de mulheres. Segundo dados do Datasus, são cerca de 230 mil internações por ano para o tratamento das complicações decorrentes do abortamento inseguro. “A diferença entre os países em que o aborto seguro é legal e aqueles em que a prática é criminalizada é que, nos primeiros, todas as mulheres, sem distinção, têm acesso a essa prática nas mesmas condições. A

proteção dos direitos fundamentais no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos, considerando saúde sexual o estado de bem-estar físico, psicológico e social relacionado com a sexualidade, que requer um ambiente livre de discriminação, de coerção e de violência, e saúde reprodutiva o estado de bem estar físico, psicológico e social nos aspectos relativos à capacidade reprodutiva da pessoa, que implica na garantia de uma vida sexual segura, na liberdade de ter filhos e de decidir quando e como tê-los. Entende que todas as pessoas têm direito a decidir livremente sobre sua vida sexual e reprodutiva, conforme direitos e deveres estabelecidos pela Constituição Federal e que o Estado deve garantir o direito à reprodução consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade na garantia da vida humana, além de promover o exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de toda a população. Ao contrário da proposição de Cunha, afirma que a interrupção voluntária da gravidez não constitui um instrumento de controle de natalidade.

É um projeto audacioso, com a previsão de liberdade de escolha da mulher até doze semanas de gestação em qualquer caso e determinações específicas para casos de risco à saúde da gestante e de fetos inviáveis²⁹⁵, além de permitir a objeção de consciência do profissional de saúde que não se sinta

diferença, então, não é quantitativa (embora em alguns países, após a legalização do aborto, tenha diminuído seu número), mas qualitativa e de igualdade. Nos países onde o aborto é ilegal, sua prática em clínicas privadas é socialmente tolerada e raramente perseguida, de modo que as mulheres que têm condições de pagar conseguem realizá-lo nas mesmas condições dos países onde o aborto é legal. Já as mulheres da classe trabalhadora, que se atendem pelo SUS ou por um plano de saúde que, por ser o aborto ilegal, não pode garantir a prestação, precisam recorrer a métodos inseguros, sem qualquer tipo de acompanhamento dos sistemas de saúde e assistência social e ameaçadas pela possível punição. Ou seja, a criminalização do aborto é uma questão de classe, já que só vale, na prática, para as mulheres pobres. A política de criminalização do aborto não é geral, mas seletiva. E sua consequência são as alarmantes estatísticas de morbidade materna — de mulheres pobres — por complicações decorrentes do aborto clandestino que, em países que legalizaram o aborto, caíram até zero, ou seja, vidas foram salvas com a legalização.” Legalizar o aborto é, nessa visão, uma escolha política em favor da vida das mulheres. A situação atual promove a culpabilização das mulheres pela gravidez indesejada, na medida em que a mulher é vista como criminosa por ter engravidado e não querer a gestação. (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015>. Acesso em 16.11.2015).

²⁹⁵ Os prazos constantes do projeto para interrupção da gestação são: até a vigésima segunda semana, desde que o feto pese menos de quinhentos gramas, nos casos de gravidez resultante de estupro, violência sexual ou ato atentatório à liberdade sexual, sem a necessidade de apresentação de boletim de ocorrência policial ou laudo médico-legal; a qualquer tempo, nos casos de risco de vida para a gestante, comprovado clinicamente; a qualquer tempo, nos casos de risco à saúde da gestante, comprovado clinicamente; a qualquer tempo, nos casos de incompatibilidade e/ou inviabilidade do feto com a vida extrauterina, comprovado clinicamente.

confortável, em sua subjetividade, para a prática abortiva. Entretanto, a reação conservadora é forte.

O Senado Federal conduziu audiências públicas para tratar do tema, com o envolvimento de religiosos, profissionais da área da saúde e movimentos sociais. A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) programou essas audiências para debater proposta de regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, dentro das 12 primeiras semanas de gestação, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que foi encaminhada ao Senado a Sugestão Popular (SUG) 15/2014 Portal e-Cidadania, com 20 mil apoios. O relator, senador Magno Malta (Partido da República, Espírito Santo), afirmou a necessidade de ouvir membros das mais variadas correntes, entre os que defendem o aborto (“abortistas”, nos termos de Malta) e os que são contrários à descriminalização. O senador é declaradamente contrário à hipótese, embora afirme que “até gostaria de ser convencido do contrário”.²⁹⁶

O que se percebe a partir do debate é que a atmosfera intensa gera comoção e rivalidade: de um lado, os autointitulados “pró vida” (pró nascimento), como padres e militantes religiosos, além de militantes de grupos anti-aborto, focados na inviolabilidade da vida humana e na noção de que a concepção é seu marco inicial; de outro, grupos de mulheres e instituições feministas, membros da Frente Nacional pela Legalização do Aborto, que tratam o tema como questão de saúde pública e de direitos humanos das mulheres.²⁹⁷

Dentre os convidados para as audiências esteve David Kyle, diretor do documentário “Blood Money”, que acusou os programas (clínicas particulares) dos Estados Unidos de persuadir mulheres a interromperem a gravidez indesejada e de fomentar a indústria do aborto visando apenas o lucro. Em sua visão, seria impossível defender direitos humanos e direito ao aborto. Outros argumentos utilizados contra a legalização foram os impactos sociais e econômicos da regulamentação para as instituições, entre eles o desembolso anual pelo Estado de R\$510 milhões para o procedimento, trazido pela

²⁹⁶ Sobre o tema: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/25/comissao-discutira-liberacao-de-aborto-voluntario-pelo-sus>>; <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/04/aborto-voluntario-e-tema-de-audiencia-interativa-da-comissao-de-direitos-humanos>>; <<http://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=4469>>. Acesso em 16.11.2015.

²⁹⁷ Disponível em: <<http://redesaude.org.br/comunica/editorial-1/senado-discute-ampliacao-do-direito-ao-aborto-pelo-sus>>. Acesso em 16.11.2015.

representante do Instituto de Políticas Governamentais do Brasil, Viviane Petinelli e Silva, que tratou até mesmo de um desequilíbrio previdenciário. A senadora Heloísa Helena aduziu que tratar a questão como um problema grave de saúde pública é “cinismo, demagogia e malabarismo técnico”. Não se poderia ignorar a vida intrauterina, qualquer que fosse o prazo. O padre Paulo Ricardo defendeu que as defensoras da legalização estariam sendo manipuladas por fundações internacionais, que seriam parte de uma “engenharia social”. Segundo ele, o investimento de fundações internacionais em legalização do aborto nas décadas de 50 e 60 tem origem na preocupação com o crescimento populacional e não com os direitos das mulheres.²⁹⁸

Elizabeth Kipman questionou o que chamou de “mentalidade antivida”, sendo que o aborto tornaria visível o divisor de águas entre a ética da sacralidade da vida e a ética da qualidade. Existiriam riscos à saúde e vida da mulher mesmo em procedimentos adequados e sanitários. Isabela Mantovani, especialista em saúde coletiva, em estratégia de saúde da família e em bioética, afirmou não ser verdadeiro que 1 milhão a 1,5 milhão de abortos sejam praticados no Brasil anualmente, assim como não seria verdadeiro que a legalização faria o número de abortos diminuir. Ainda, seria um equívoco afirmar que, no Brasil, onde o aborto é proibido, acontecem mais abortos do que em países onde ele é legalizado e outro equívoco falar que o número de abortos no Brasil está aumentando, quando em verdade, segundo sua pesquisa, estaria diminuindo. A legalização teria um efeito nulo no indicador de razão de mortalidade materna. Cláudio Fonteles, Procurador-Geral da República, defendeu que se legislasse sobre a proteção da mulher desamparada pela família que, segundo sua visão, é a mulher que se encaminha para a solução na interrupção da gestação. Luiz Bassuma, autor do Estatuto do Nascituro, citou o poeta Mário Quintana, que teria dito que o aborto não é um simples assassinato, mas o maior de todos os roubos, pois do nascituro se rouba a vida, os sonhos, suas esperanças, as experiências. Eliane Oliveira, médica neonatologista pediatra, optou por “falar pelo bebê”, que teria a autonomia diminuída, seria um inocente que não sabe se defender. Afirmou que, em relação ao homem, um ser “emocionalmente bem-dotado”, a

²⁹⁸ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.gov.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=4469>>. Acesso em 16.11.2015.

mulher seria muito mais emocional. O zigoto seria o início do ser humano e o bebê teria sentimentos, memórias, sonhos. Em sua visão, dever-se-ia acabar com a pobreza e não acabar com o pobre, assim como não se poderia usar o dinheiro do contribuinte para matar.²⁹⁹

Ainda do grupo contrário à regulamentação participaram Fernanda Takitani, do Observatório Interamericano de Biopolítica; a médica Lenise Garcia, do Movimento Brasil Sem Aborto; o Padre Berardo Graz, representante da CNBB; e Allan Araújo, do movimento Brasil sem Aborto. A CNBB reafirmou o aborto como um crime pior do que a violência sexual para a mulher, que deixaria de ser a vítima para se tornar uma “carrasca”. A ideia de que o aborto seria equivalente a um homicídio e de que a vida humana é um contínuo cujo ponto de partida é a fecundação é o que fundamenta o ponto de vista daqueles que são contra a regulamentação da prática. Não há diferença, a partir desse ponto de vista, entre uma pessoa viva, completamente formada, e um feto no útero materno, assim como a mãe não deve ter mais proteção que o bebê que gera em seu ventre. A mãe não teria direitos sobre o feto.³⁰⁰

A perspectiva de direitos das mulheres contra a criminalização e pela regulamentação do aborto foi defendida, entre outros, por Jolúzia Batista, representando a Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres que Abortam e pela Legalização do Aborto; Thomaz Gollop, do Grupo de Estudos do Aborto; da antropóloga Lia Zanota Machado; e a médica-sanitarista, representante do comitê estadual de mortalidade materna do estado de Pernambuco, Sandra Valongueiro. O debate abordou o aspecto científico, da vida e da saúde da mulher, levantando-se a importância do planejamento familiar e contracepção de emergência, método altamente combatido pelos conservadores cristãos, por considerá-lo abortivo. A proibição do aborto não inibe sua prática, mas ao mesmo tempo não cumpre seu papel – o que é não é ruim, uma vez que milhares de mulheres seriam colocadas em prisões anualmente em razão da criminalização, se ela funcionasse. Serve apenas para

²⁹⁹ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2015/09/cdh-realiza-mais-uma-audiencia-publica-para-de-bater-a-legalizacao-do-aborto>>. Acesso em 16.11.2015.

³⁰⁰ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.gov.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=3867>>. Acesso em 16.11.2015.

a clandestinidade. Muito mais que uma questão de controle populacional, seria uma questão de controle do corpo feminino e uma luta por autonomia da mulher.³⁰¹

Sandra Valongueiro trouxe para a audiência os resultados de uma pesquisa em hospitais e outros serviços de saúde que atendem mulheres em situações de abortamento nas capitais dos estados da Bahia, Pernambuco e Maranhão, com um total de 2.800 casos analisados. Sobre o perfil econômico, a demógrafa é direta “Quem pode paga, quem não paga vai na sorte”. As usuárias entrevistadas tinham idade mediana de 27 anos, metade se autodeclararam pardas e 1/3 negras, 86% tinha renda familiar inferior a R\$1500 e mais da metade (57%) completou o ensino médio.³⁰²

Tatiana Lionço enfatizou que o aborto é um procedimento comum e recorrente no Brasil e que é absurdo e nocivo o tratamento dado às mulheres pelos parlamentares brasileiros, além de ser grave o processo de criminalização contra o ativismo político, como a Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Aborto, que reduz a luta feminista a crime. Débora Diniz recorreu a pesquisas científicas, que entende adequadas para pautar a decisão em um Estado laico, para embasar a defesa da legalização: uma em cada cinco mulheres já realizou pelo menos um aborto até os 40 anos; sete milhões e 400 mil mulheres, entre 18 e 39 anos, já realizaram o procedimento em algum momento da vida e metade dessas mulheres terminam o procedimento no Sistema Único de Saúde. São “mulheres comuns”, têm filhos, companheiros e religião. Entretanto, para os que defendem a vida do embrião, o aborto é prática somente da outra, de mulheres vistas como inconsequentes, irresponsáveis e de sexualidade frívola. Sônia Corrêa, co-coordenadora do Observatório de Sexualidade de Política da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, ressaltou que a questão está relacionada à consolidação do Estado de Direito, pois as medidas estatais atuais são compulsórias e coagem as mulheres à procriação. Márcia Tiburi tratou do discurso, por ela denominado discurso “cínico da dominação machista”, que

³⁰¹ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.gov.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=3867>>. Acesso em 16.11.2015.

³⁰² Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/28/aborto-ate-a-decima-segunda-semana-e-discutido-novamente-na-cdh>>; <<http://www12.senado.gov.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=4469>>. Acesso em 16.11.2015.

sustenta a ilegalidade da prática, sendo que o debate não deveria se focar entre ser a favor ou contra o aborto, mas sim relacionado essencialmente à legalização. Entre parlamentares, Jean Wyllys (Partido Socialismo e Liberdade, Rio de Janeiro) defendeu o projeto, afirmando que a sociedade quer tutelar e legislar sobre o corpo da mulher e que mulheres continuam recorrendo ao procedimento independente de impedimentos por parte do Estado.³⁰³

Henrique Batista e Silva, representante do Conselho Federal de Medicina, pautou princípios bioéticos e o Código de Ética da profissão. A legalização leva a uma redução da prática do aborto em condições inseguras e a uma redução significativa da mortalidade materna. A ilegalidade do aborto no Brasil não tem impedido sua prática. O abortamento responde por 11,4% do total de óbitos maternos, sendo a quarta maior causa. Ilka Teodoro, representante da Comissão da Mulher da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal, destacou o fato de ser uma iniciativa popular, o que demonstra a necessidade de mudanças na legislação, além do anacronismo da legislação em vigor. Por ser uma questão de saúde pública e de direitos humanos, é assim que deve ser enfrentada, não do ponto de vista criminal. No mesmo sentido, Regina Sousa, senadora do Partido dos Trabalhadores do Piauí, sugeriu um olhar humanitário à questão, uma vez que as mulheres que recorrem ao aborto não o fazem “por esporte”. Ricas e pobres, brancas e negras fazem abortos, mas as ricas correm menos riscos, porque elas fazem nas clínicas de profissionais de saúde, enquanto as pobres fazem sem segurança. Ambas são, por outro lado, criminalizadas. Os homens não entram nessa criminalização, são as mulheres que são punidas.³⁰⁴

Maria do Socorro Souza, do Conselho Nacional de Saúde, enfatizou a responsabilidade do Estado, cuja presença se materializa junto à população através do SUS. Demonstrou a necessidade de se pautar a capacidade de decisão das mulheres através de sua reflexão, sem admitir que, historicamente, os homens comecem a pensar e a decidir sobre as mulheres. Ana Maria Costa, médica e representante da Associação Latinoamericana de Medicina Social e de

³⁰³ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.gov.br/ecidadanialvisualizacaoaudiencia?id=4469>>. Acesso em 16.11.2015.

³⁰⁴ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2015/09/cdh-realiza-mais-uma-audiencia-publica-para-de-bater-a-legalizacao-do-aborto>>. Acesso em 16.11.2015.

Saúde Coletiva, afirmou que a legalização do aborto no Brasil interessa à democracia e à saúde brasileiras. Quando legalizado, o aborto não passa de um procedimento simples, de baixo custo e baixíssimo risco para as mulheres. O fato de engravidar sem querer não poderia, a seu ver, ser determinante no prosseguimento de uma gravidez indesejada. Chamou de “*apartheid* de direitos” entre mulheres e homens, entre mulheres ricas e pobres, quando se trata do aborto.³⁰⁵

Rosângela Aparecida Talib, representante de Católicas pelo Direito de Decidir na audiência pública, tratou de direitos humanos em esfera internacional. Lembrou que a interdição legal e a interdição religiosa não têm efeito para que o número de abortamentos decline. São as mulheres negras e pobres as que têm sofrido as consequências da criminalização do aborto. A mulher deve decidir, segundo sua consciência esclarecida, pela interrupção ou prosseguimento da gestação. As mulheres no Brasil hoje não passam por um atendimento humanizado e acolhedor em relação à interrupção da gestação. Maria Esther de Albuquerque Vilela, coordenadora da Área Técnica de Saúde da Mulher do Ministério da Saúde, também destacou os marcos internacionais que devem pautar a discussão e tratou sobre as ações para promoção da saúde das mulheres e para prevenir o aborto inseguro do ponto de vista do Ministério da Saúde.³⁰⁶

O que se percebe com as audiências realizadas é a impossibilidade de uma solução que agrade a ambos os grupos, dadas as diferenças irreconciliáveis de pensamento entre as correntes. Entre os que entendem que o aborto deve ser ilegal, a ideia prevaiente é de que a prática é um crime perverso, um assassinato, que viola o direito à vida do feto e que serve apenas como uma forma de controle de natalidade; por outro lado, o grupo que defende que a mulher deve ter controle sobre o próprio corpo e decidir se deseja prosseguir com a gestação, o entendimento é de que o feto não teria um direito à vida, ou que este não seria um direito absoluto.

³⁰⁵ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2015/09/cdh-realiza-mais-uma-audiencia-publica-para-de-bater-a-legalizacao-do-aborto>>. Acesso em 16.11.2015.

³⁰⁶ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>; <<http://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2015/09/cdh-realiza-mais-uma-audiencia-publica-para-de-bater-a-legalizacao-do-aborto>>. Acesso em 16.11.2015.

No que diz respeito ao direito internacional, como invocado por grupos que defendem a autonomia da mulher, o Brasil é signatário sem reservas dos documentos das Conferências Internacionais sobre População e Desenvolvimento e sobre Mulher, em que a questão do aborto foi reconhecida como um grave problema de saúde pública e foi recomendado que os Estados considerem a possibilidade de revisar as leis que contêm medidas punitivas contra mulheres que realizam abortos ilegais, posto que jogadas à clandestinidade.³⁰⁷

Há a preocupação na ordem jurídica internacional em se estabelecer o fim das desigualdades perpetradas contra as mulheres, com respeito à diferença e à diversidade. Isso importa em um tratamento específico. O lema de uma Declaração Universal de Direitos Humanos sob a perspectiva de gênero formulada pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) em 1998 foi “sem as mulheres os direitos não são humanos”.³⁰⁸ Significa dizer que “não há direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres, ou seja, não há direitos humanos sem que metade da população mundial exerça, em igualdade de condições, os direitos mais fundamentais”.³⁰⁹

Nesse cenário, em 1979 foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984, regulamentado via Decreto em 2002.³¹⁰ O texto da Convenção entende que a expressão “discriminação contra a mulher” significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

³⁰⁷ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso*. Revista Estudos Feministas. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 398.

³⁰⁸ Sobre o CLADEM: <<http://cladem.org/po/>>. Acesso em 16.11.2015.

³⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 219.

³¹⁰ Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984; Decreto n. 4.316, de 30 de julho de 2002. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, assinada pelo Brasil em 1995 e com Decreto de promulgação de 1996³¹¹, define a violência contra a mulher enquanto ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada. É o primeiro documento de proteção de direitos humanos na esfera internacional a reconhecer que a violência contra a mulher é um fenômeno generalizado.³¹² Isso porque, em geral, a violência contra a mulher é vista como uma condição patológica, decorrente de um problema psicológico individual do agressor, em vez de ser vista como uma expressão da subordinação feminina.³¹³ Ressalta-se, portanto, que a violência é entendida tanto nos aspectos físicos, quanto nos psicológicos, portanto o que quer que afete a mulher psicologicamente pode ser considerado como uma conduta vedada pela convenção. Neste contexto, o controle exercido sobre os corpos das mulheres pelo Estado, em especial por pressão de grupos religiosos, que culmina com a criminalização do aborto, apresenta-se como uma forma de violência física e simbólica.³¹⁴

Especificamente quanto aos direitos reprodutivos, dois documentos do direito internacional se voltam à proteção da mulher. A Declaração e o Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994, e a Declaração e o Programa de Ação de Beijing, de 1995.

O princípio 4 da Conferência do Cairo prevê a promoção da equidade e igualdade entre os sexos e os direitos da mulher, além da eliminação da violência e a garantia de que a mulher possa controlar sua própria fecundidade. Estabelece que os direitos das mulheres são indispensáveis aos direitos

³¹¹ Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

³¹² PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 215.

³¹³ ALVAREZ, Sonia E.. Em que Estado está o feminismo latino-americano. Uma leitura crítica das políticas públicas com 'perspectiva de gênero'. In: FARIA, Nalu (Org.); Silveira, Maria Lucia (Org.); e NOBRE, Miriam (org.). *Gênero nas Políticas Públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista*. São Paulo: SOF, 2000. p. 16.

³¹⁴ RIBEIRO, Jullyane Carvalho. *Sobre o Estatuto do Nascituro: a reprodução como alvo de disputa*. Texto apresentado no Seminário de Sociologia: "Religião e Legalidade", realizado no dia 6 de novembro de 2013, no Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Disponível em: <http://ceam.unb.br/nepem/2.0/wp-content/uploads/2013/07/Sobre-o-Estatuto-do-Nascituro_-_Jullyane-Ribeiro-NEPeM.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

humanos, são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.

A Conferência do Cairo determinou “que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas”. Com a participação do movimento de mulheres na elaboração, legitimou-se a noção de direitos reprodutivos e da necessidade de criação de programas de saúde reprodutiva. O aborto foi reconhecido como um grave problema de saúde pública. Em 1995, com a realização da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, em Beijing, esse entendimento se solidificou: foi emitida a recomendação de que as legislações punitivas em relação ao aborto sejam revistas. “A opção livre e informada, o respeito à integridade física e o direito de não sofrer discriminação nem coerção em todos os assuntos relacionados com a vida sexual e reprodutiva” são os princípios básicos de ambas as conferências. As políticas públicas dos Estados devem estar pautadas pelo pleno exercício desses direitos, relacionados ao planejamento familiar, pois são meios a se alcançar relações equitativas de gênero.³¹⁵

Com importância central figuram os princípios da autodeterminação individual da mulher, de igualdade e de equidade, além da liberdade e privacidade³¹⁶, colocando os direitos sexuais e reprodutivos como parte inalienável dos direitos humanos universais e indivisíveis. A Plataforma de Ação de Beijing³¹⁷ é um avanço na ordem internacional ao recomendar a revisão de legislações punitivas relacionadas ao aborto. Isso porque o conteúdo dos direitos

³¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 241-243.

³¹⁶ Como se verá a seguir, a privacidade é o conteúdo fundamental da decisão do caso *Roe v. Wade*, nos Estados Unidos, entendido como um desdobramento da décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos, relacionada à liberdade e ao devido processo.

³¹⁷ No ano 2000, ocorreu uma reunião dos países americanos, em Lima (Beijing +5), e outra mundial, em Nova Iorque, para avaliar as mudanças nas políticas públicas desde Beijing. As conclusões foram, segundo Sonia Alvarez, muito preocupantes, uma vez que os governos nada fizeram para cumprir as determinações extraídas da Conferência – e ainda objetivaram alterar a plataforma de Beijing. O maior retrocesso na América do Sul, aos olhos da autora, é em matéria de direitos sexuais e reprodutivos. A proposta de criação do dia da criança não-nascida na Argentina e no Chile é um retrato do avanço conservador no sentido de fortalecimento da “família tradicional”. [ALVAREZ, Sonia E.. *Em que Estado está o feminismo latino-americano*. Uma leitura crítica das políticas públicas com ‘perspectiva de gênero’. In: FARIA, Nalu (Org.); Silveira, Maria Lucia (Org.); e NOBRE, Miriam (org.). *Gênero nas Políticas Públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista*. São Paulo: SOF, 2000. p. 10-11.]

sexuais depende da possibilidade de decidir livre e responsavelmente sobre a sexualidade, do controle sobre o próprio corpo, do direito à privacidade, enquanto que os direitos reprodutivos têm seu conteúdo na possibilidade de adotar decisões relativas à reprodução de forma livre e informada, sem discriminação, coerção ou violência, de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos, além do direito de acesso a informação e a meios seguros de prevenção.³¹⁸

O direito internacional estabelece, em matéria de direitos sexuais e reprodutivos, a possibilidade de “desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”. A realização desses direitos depende da implementação de políticas públicas que visem garantir o pleno desenvolvimento e gozo de tais direitos. O Estado assume, portanto, um duplo papel, tanto no sentido de não interferência, não coerção, discriminação ou violência, quanto no sentido de dar condições necessárias ao exercício pleno da saúde sexual e reprodutiva.³¹⁹

A adesão aos mencionados tratados motivou o Brasil, por meio da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) do governo federal, a adotar medidas de maior abertura à pauta, à exemplo da criação da chamada comissão tripartite para rever a legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez. Ela foi instituída a partir das diretrizes aprovadas na 1ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, realizada no ano de 2004 e composta por dezoito integrantes: seis representantes do Poder Executivo, seis do Legislativo (três do Senado e três da Câmara) e seis da sociedade civil.³²⁰ A Comissão Tripartite finalizou seu trabalho em agosto de 2005, mediante a apresentação de um anteprojeto de lei pretendendo a legalização do aborto entregue pela Ministra Nilcéia Freire (SPM) à Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) da Câmara dos Deputados. O anteprojeto propunha o prazo de até 12 semanas de gestação para realização de aborto voluntário, e em qualquer idade gestacional quando a gravidez implicasse risco de vida à mulher ou em

³¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 246-247.

³¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 274.

³²⁰ Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/66936.html>>. Acesso em 16.11.2015.

caso de má formação fetal incompatível com a vida. A Deputada Jandira Feghali (Partido Comunista do Brasil), relatora de um projeto de lei pela descriminalização da prática à época, recebeu o resultado dos trabalhos, o que serviu de base ao seu substitutivo. Houve imediata reação de parlamentares e atores da sociedade civil que são contra a legalização do procedimento, com a criação da Frente Parlamentar Mista em Defesa da Vida – Contra o Aborto, com forte influência cristã.³²¹ O projeto foi arquivado em 2011 e não teve quaisquer movimentações posteriores.

Não se tem hoje no Brasil um número expressivo de condenações de mulheres pela prática do aborto – e, na visão de Daniel Sarmento, não fosse desprezível a taxa de condenações, “seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, para comportar as milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas”. Sarmento conclui então que a legislação em vigor atualmente não “salva” vidas em potencial, não impede que as mulheres façam abortos, mas sim retira delas a vida e compromete sua saúde.³²²

É necessário se pensar o Estado enquanto “um espaço de luta de interesses diversos e muitas vezes contrapostos”.³²³ A sexualidade é um elemento fundamental da autonomia das pessoas sobre seus corpos, de modo que “proibir que a mulher controle a sua própria sexualidade e reprodução é encará-la não como sujeito de direito, mas como objeto”.³²⁴ A autonomia da vontade é a premissa racional do princípio da autodeterminação individual. “A aplicabilidade desse princípio às escolhas da mulher em matéria de

³²¹ PL 1135/91. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=99BAB8A8EF7D48F44F9314D8BB4C494F.proposicoesWeb2?codteor=361368&filename=Tramitacao-PL+1135/1991>; <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>>. Acesso em 16.11.2015.

³²² SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 2.

³²³ ALVAREZ, Sonia E.. Em que Estado está o feminismo latino-americano. Uma leitura crítica das políticas públicas com ‘perspectiva de gênero’. In: FARIA, Nalu (Org.); Silveira, Maria Lucia (Org.); e NOBRE, Miriam (org.). *Gênero nas Políticas Públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista*. São Paulo: SOF, 2000. p. 18.

³²⁴ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 94.

planejamento reprodutivo foi construída a partir de plataforma de ações, em regra, elaboradas em tratados internacionais e ratificadas pelo Brasil.”³²⁵

A Constituição estabelece a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I), uma norma cujo alcance constitucional guarda mais sentido às mulheres.³²⁶ Para que se alcance um nível de igualdade real entre homens e mulheres, estas sempre “menos iguais”, é necessário rever o que Sarmiento chama de “entulho machista” na legislação elaborada no passado, em um legislativo dominado por homens, marcada por estereótipos e preconceitos e que acarretam no aprofundamento das desigualdades de gênero. E assim o autor vê que a legislação que trata do aborto no Brasil é profundamente androcêntrica, elaborada sem considerar os direitos e interesses femininos envolvidos e gerando um impacto desproporcional sobre as mulheres. A criminalização do aborto serve a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presente na sociedade brasileira e viola a igualdade.³²⁷

3.4. A descriminalização do aborto na justiça estadunidense em Roe v. Wade – um paralelo entre Brasil e EUA

A Constituição dos Estados Unidos não aborda a questão do aborto de forma direta, mas o tema foi objeto de análise judicial. Na segunda metade do século XIX, leis rigorosamente restritivas ao aborto foram adotadas por grande parte dos estados, principalmente em razão das novas descobertas científicas em relação à reprodução humana e ao desenvolvimento da vida. Em paralelo à criminalização, a chamada revolução sexual das décadas de cinquenta e sessenta promoveu um maior acesso aos métodos contraceptivos já desenvolvidos. As mudanças normativas foram tomando formas diferenciadas de estado para estado e essa disparidade fez com que as leis passassem a ser

³²⁵ PIRES, Teresinha Inês Teles. *Estado Democrático de Direito e as Liberdades Individuais: a legalização do aborto à luz do princípio da autodeterminação*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 58, 2013, p. 125-145. p. 136.

³²⁶ PAIXÃO, Ivan. Aborto: aspectos da legislação brasileira. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 203.

³²⁷ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 47-48.

questionadas judicialmente – e o caso mais conhecido nesse sentido é *Roe v. Wade*.

A decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*³²⁸, em 1973, é uma mudança significativa na análise dos direitos da mulher. O caso envolveu questionamento à legislação do Texas, que determinava a ilegalidade do aborto a não ser para salvar a vida da mãe – lei que, por sete votos a dois, foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte. Determinou também que quaisquer leis de outros estados que viessem a tratar do tema no mesmo sentido, de modo a proteger o feto em detrimento da vontade da mãe durante os dois primeiros trimestres de gestação, seriam inconstitucionais. “De um só golpe, em Washington, um tribunal de nove juízes que haviam sido nomeados e não eleitos para seus cargos, e que nem foram unânimes em sua decisão, mudara radicalmente as leis de quase todos os cinquenta estados norte-americanos.”³²⁹

Roe v. Wade envolveu Norma L. McCorvey (“Jane Roe”) ³³⁰ e o Estado do Texas, representado pelo fiscal do distrito Henry Wade. Roe (McCorvey) alegava que sua gravidez era resultado de estupro. O tribunal estadual decidiu pela possibilidade de interrupção da gestação, mas não quis estabelecer restrições à legislação. Com subsequentes apelações, alcançou a Suprema Corte, que pode então determinar a proibição de legislações nesse sentido não apenas no Estado do Texas, mas em todo território estadunidense. Roe teve a filha que esperava no decurso do processo e ela foi enviada à adoção.

A Suprema Corte dos Estados Unidos não apenas entendeu possível o aborto, mas estabeleceu que ele se encaixa no argumento da décima quarta emenda, com a defesa do devido processo, da igualdade e da privacidade. O texto da emenda, na primeira seção, garante que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas estadunidenses são sujeitas à jurisdição. Diz também que nenhum estado pode criar ou reforçar leis que limitem direitos ou imunidades dos cidadãos ou privar as pessoas da vida, liberdade, propriedade sem o devido

³²⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³²⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 7.

³³⁰ “Jane Roe” foi o pseudônimo atribuído a Norma McCorvey para a proteção de sua identidade ao longo do processo e faz referência ao termo “Jane Doe”, usada no idioma inglês para referir-se a pessoas de identidade desconhecida. McCorvey revelou que era Jane Roe à imprensa após a decisão.

processo legal, e ainda que não poderia negar a uma pessoa, em sua jurisdição, a igual proteção das leis. Entende-se, assim, protegida a privacidade dos cidadãos.

O direito à privacidade foi reconhecido pela Suprema Corte em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut*³³¹. Este envolvia o uso de medicamentos ou métodos contraceptivos, que era proibido por uma *comstock law*³³² do Estado de Connecticut.³³³ O voto da maioria foi escrito pelo Justice William O. Douglas e levou em consideração a quinta emenda (cláusula de não incriminação pessoal). Outros julgadores proferiram votos concorrentes, ocasião em que os Justices Arthur Goldberg, John Marshall Harlan II e Byron White argumentaram que a privacidade é protegida pelo devido processo, constante da décima quarta emenda. O tribunal entendeu que não pode um estado proibir a venda de contraceptivos a pessoas casadas (e depois, em outras decisões, estendeu o entendimento a pessoas solteiras).

Dworkin examina a decisão de *Roe v. Wade*, que teve como autor do voto majoritário o Justice Blackmun.³³⁴ “A sentença de Blackmun argumentava que

³³¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

³³² *Comstock laws* são proibições decorrentes de um ato federal aprovado pelos Estados Unidos da América em 1873. O objeto seria a supressão de comércio e circulação de literatura obscena e artigos de uso imoral, aí incluídos produtos eróticos, contraceptivos, abortivos ou de caráter sexual. O ato criminalizava o uso do correio (U.S. Post Office) para troca desse tipo de material.

³³³ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 5-6.

³³⁴ Dworkin esclarece o sentido em que entende a privacidade em razão de críticas de autoras feministas aos argumentos escolhidos pelo tribunal para endossar a decisão. Ele menciona, por exemplo, que Catharine MacKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan, é uma autora feminista que se contrapõe à privacidade enquanto argumento adequado à inconstitucionalidade do aborto. Para ela, se atos e decisões relacionadas à sexualidade do casal são consideradas de esfera privada, então isso viria a implicar na inserção do sexo enquanto uma questão meramente privada e significaria que o poder público não poderia intervir na relação conjugal, ainda que essa envolvesse violência e estupro marital. Ainda, significaria dizer que o aborto é algo adstrito à esfera privada da mulher, de modo que não haveria implicações à saúde pública e, enfim, que não poderia haver o custeio do procedimento pelo próprio Estado. Os argumentos de MacKinnon são expostos em “*Reflections on Sex Equality Under Law*”, no 100 Yale Law Journal 1281, de 1991, e aduzidos anteriormente, dada sua relevância. Os mesmos argumentos são explorados por Dworkin em “*Domínio da vida*”. Nessa oportunidade, o autor demonstra discordar dessa ideia de que a privacidade determine que questões relativas à sexualidade da mulher não possam ser objeto de tutela do Estado, como brevemente explorado acima. Ele compreende que a privacidade, no caso, deva ser entendida como soberania sobre o próprio corpo. Dworkin destaca também as críticas tecidas por aqueles que são contrários ao resultado final da ação. Alguns dizem que o tribunal teria autorizado o homicídio, a partir da crença de que o feto é uma pessoa desde a concepção e, desse modo, o direito à vida seria mais importante que qualquer razão que teria a mulher mata “matá-lo”. Outros entendem pela falta de legitimidade do tribunal para decidir questões dessa natureza, pois caberia às assembleias legislativas estaduais eleitas democraticamente – e a decisão teria sido política,

as mulheres têm um direito constitucional geral à privacidade, e que desse direito geral se infere que elas podem optar pelo aborto antes do final do segundo trimestre da gravidez.” A privacidade seria no sentido de soberania quanto a decisões particulares, direito das mulheres de determinar de que modo seus corpos serão “usados”, algo que deve ser garantido pelo poder público e não pode ser ilusório. Justice Blackmun tomou a sentença do caso *Griswold v. Connecticut* como um precedente ao tratar do aborto. As mulheres teriam um direito constitucional à privacidade, incluindo não apenas a decisão de conceber (dada no caso *Griswold*), mas também a decisão de ter filhos ou não – aqui a inovação em *Roe v. Wade*. Como se trata de uma questão íntima e pessoal, as pessoas devem ter a “liberdade de tomar tais decisões por si próprias, consultando suas preferências e convicções, em vez de permitir que a sociedade lhes imponha uma decisão coletiva”.³³⁵

A lógica é de que a mulher tenha controle não só de suas relações sexuais, mas também de todas as mudanças em seu corpo. Dworkin entende que não se pode distinguir a decisão pelo aborto da decisão pela contracepção como se aquela fosse mais grave, a começar pelo fato de que alguns métodos contraceptivos são, em si mesmos abortivos – não impedem a fecundação, mas impedem a gestação. Exemplos são o dispositivo intrauterino (DIU), e pílulas anticoncepcionais de emergência (pílula do dia seguinte), que destroem óvulos fertilizados se não conseguirem impedir a fertilização.³³⁶

O julgamento de *Roe v. Wade* teve por resultado a definição de parâmetros que deveriam ser adotados pelos estados ao legislar sobre o aborto: no primeiro trimestre de gestação deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico; no segundo trimestre seria permitido, mas os estados poderiam regulamentar o direito visando exclusivamente a proteção da vida da gestante; no último trimestre, quando já haveria viabilidade da vida do feto externamente ao útero materno, os estados poderiam proibir a realização do

tomada por um coletivo de juízes que não são eleitos, mas sim indicados. (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 71-79.).

³³⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 71-75 e p.146-147.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 147-148.

procedimento para a proteção da vida do nascituro, exceto quando fosse necessário para salvar a vida ou proteger a saúde da mãe. Em decisões posteriores, a Corte flexibilizou esses critérios, passando a permitir proibições ao aborto antes do terceiro trimestre de gravidez. Foi o que aconteceu em *Planned Parenthood v. Casey*³³⁷, caso julgado em 1992 envolvendo questionamento à legislação concernente ao aborto do Estado da Pennsylvania. Nele, o tribunal entendeu inconstitucional lei que condicionava a possibilidade do aborto ao consentimento do pai da criança em gestação.³³⁸

Dentre os argumentos contrários à sentença de Blackmun, emergem duas correntes, uma delas que entende que o Estado deve “proteger a vida humana” (que Dworkin chama de interesse derivativo), afirmando que o feto tem direitos e interesses a partir do momento da concepção; outro é um interesse independente, que entende que é dever estatal a proteção não só dos interesses e direitos de seus cidadãos, mas da vida humana como algo sagrado e intrínseco, independente de valor pessoal. A grande questão seria se a Constituição dos Estados Unidos permite que os estados declarem que o feto é uma pessoa constitucional³³⁹. O autor ingressa nessa discussão, procurando investigar se o feto tem ou não a condição de pessoa com base na Constituição. A décima quarta emenda determina que os estados não podem negar a nenhuma “pessoa” a igual proteção da lei. Partindo-se do pressuposto de que as mulheres têm direito ao seu corpo, a não ser que haja alguma razão inexorável para intervenção estatal, pouco importando razões religiosas que cada um possa ter para defender que o feto já tem alma, por exemplo, a questão está em saber se ele é ou não pessoa do ponto de vista jurídico-constitucional.³⁴⁰

³³⁷ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

³³⁸ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 6-7.

³³⁹ Como se verá mais na sequência desta pesquisa, aqui se firma outro paralelo entre o direito estadunidense e o brasileiro, tendo em vista que o STF também teve que decidir a respeito da condição do feto frente à Constituição, se é ou não uma pessoa. Nos casos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar justamente nesse tema e, assim como entendeu a Suprema Corte, tomou o entendimento de que a condição de pessoa é obtida com o nascimento com vida – antes disso o que se tem é uma expectativa de direitos com a tutela do nascituro.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.149-151.

Para Dworkin, foi correta a decisão de Blackmun em considerar que o feto não é uma pessoa constitucional. Se fosse pessoa constitucional, os estados não poderiam, mas sim deveriam proibir o aborto, seria imperativo que o fizessem para a proteção de uma pessoa constitucional – e a Constituição recomendaria a proteção nessa medida. Se a mulher engravidasse após relação sexual consentida e voluntária, sabendo dos possíveis efeitos de seus atos, não haveria justificativa inexorável por parte do estado para permitir o aborto, pois seriam duas pessoas constitucionais envolvidas na relação. A hipótese que considera que o feto é uma pessoa constitucional é, na visão do autor, drasticamente contestada tanto pela história quanto pela prática estadunidenses. A Constituição não declara o feto uma pessoa constitucional e nem mesmo os estados poderiam assim determinar em suas legislações em virtude da supremacia constitucional. Os fetos não teriam interesse até o momento em que se tornam viáveis, momento que teria sido respeitado na sentença de *Roe v. Wade*, posto que ocorre após o segundo trimestre de gestação e que, a partir de então, os estados têm a liberdade de legislar para proibir abortos tardios.³⁴¹

As críticas feitas à decisão apontam essencialmente dois argumentos: a Constituição não trata do aborto e a intenção dos constituintes não teria sido de assegurar esse direito. O modelo político e constitucional estadunidense dá grande poder aos tribunais, o que faz recair sobre eles (e não sobre os representantes eleitos democraticamente pelo povo) a responsabilidade por decisões políticas dessa natureza. Ao tomar a decisão, os juízes o fazem acreditando que são fazendo cumprir uma Constituição de princípios, tomando como base ideais abstratos de liberdade e igualdade de cidadania. O questionamento de Dworkin é se a interpretação deve ser limitada àquilo que pensaram pessoas muito diferentes há um ou dois séculos – e a resposta do autor é de que a Constituição nobre, de princípios e não de detalhes minuciosos, permite a interpretação mais aberta.³⁴²

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 151-160.

³⁴² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 165-173.

A Constituição é coercitiva, tal qual a ordem legal, de tal modo que as decisões tomadas por aqueles que têm o poder de decidir devem justificar as escolhas feitas. Frank I. Michelman vê essas escolhas como uma forma de autoria da Constituição, na medida em que não há uma “aceitação simplista” do texto, mas uma busca pelo significado contido nos princípios constitucionais. O autor compreende que a Constituição configura uma circunstância política conformada por agentes humanos e ganha força entre os sujeitos na medida em que sua vinculação (*bindingness*) por ser vista enquanto fruto de um esforço político intencionalmente expresse.³⁴³

Dworkin examina essa característica de reescrita da Constituição. Os princípios são abstratos cada um a seu modo, não apresentam em seu texto todo o conteúdo do direito que tutelam, não dizem de que forma efetuar a proteção. Há juristas que acreditam que deve perseverar o originalismo da Constituição, interpretação que vê como constitucional apenas o que os políticos que originalmente a escreveram pretendiam que ela significasse. Um dos problemas nesse pensamento³⁴⁴ é que não há apenas um autor constitucional e, no caso dos Estados Unidos, as emendas à Constituição não datam da mesma época, então seus autores podem não ter partilhado do sentido inicial da Carta. Outro problema é se identificar “intenções” em um texto abstrato, que podem estar entre o que foi escrito, o que se pretendia escrever, a leitura feita por um aplicador. Foi opção do legislador constitucional estadunidense adotar uma escrita abstrata – e isso permite interpretações.³⁴⁵

“A Constituição insiste em que, coletivamente, nossos juízes deem o melhor de si para elaborar, reinspecionar e revisar, ao longo das sucessivas

³⁴³ MICHELMAN, Frank I. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER, LARRY. *Constitutionalism*. Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 64-65 e p. 85.

³⁴⁴ Dworkin esclarece que há outros problemas de interpretação morais se o originalismo impera como forma de leitura da Constituição. Um exemplo trazido pelo autor é a decisão no caso *Brown v. Board of Education* [*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)], em que o originalismo traria uma injustiça racial. O conhecido caso culminou em sentença que julgou inconstitucional a instituição de escolas públicas separadas para brancos e negros. Se a leitura é originalista, o texto original da Constituição dos Estados Unidos não traria essa leitura, definitivamente, tendo em vista que até mesmo a escravidão era permitida. A leitura de Dworkin demonstra a preocupação do autor com decisões injustas decorrentes desse modelo interpretativo.

³⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 174-192.

gerações, a estrutura de liberdade e igual consideração que é exigida por suas grandes cláusulas em sua majestosa abstração.” A decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação ou acordo político.³⁴⁶ Assim, a legitimidade³⁴⁷ para alteração do significado constitucional pode ser atribuída à Suprema Corte que, a partir daí, busca o melhor sentido aos princípios ali formulados de forma a proteger os direitos dos cidadãos – e foi o que aconteceu com a sentença em *Roe v. Wade*.

Entretanto, o direito ao aborto sofreu um revés com decisões posteriores. Em 1977, em *Maier v. Roe*³⁴⁸, determinou que os estados podem recusar auxílios financeiros aos abortos terapêuticos, ainda que ajudem a custear partos (ou seja, que paguem pelo nascimento). Em *Harris v. MacRae*³⁴⁹, de 1980, e casos subsequentes, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou orientação no sentido de que os estados não estariam obrigados a realizar abortos gratuitamente na rede pública de saúde nem arcar com os custos dos procedimentos, mesmo que a mulher fosse incapaz de suportar o ônus econômico. Tal entendimento decorre da visão de que os direitos fundamentais são direitos de defesa contra a interferência do poder público na vida dos cidadãos.³⁵⁰ O tribunal sustentou, na ocasião, a constitucionalidade da Emenda Hyde, que proíbe a utilização de fundos federais de assistência médica mesmo para abortos terapêuticos (feitos por necessidade médica).³⁵¹

Com isso, o que se tem é a legalidade do direito, mas a não-obrigatoriedade de uma política pública estatal voltada à proteção da mulher que

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 202 e p. 204.

³⁴⁷ Enrique Dussel leciona que aquilo que no campo da ética é válido, na política é *legítimo*. Daí a relevância em se falar em legitimidade para alteração do significado constitucional por um tribunal supremo. No que diz respeito aos consensos políticos, entende que a legitimidade fortalece o momento da *unidade* das vontades com simetria entre os participantes e sem que haja violência. Dussel destaca que, com o passar do tempo, os movimentos sociais ou o povo descobrem direitos *novos* (que passam a ter relevância para esse grupo de pessoas) e lutam por seu reconhecimento – o que acaba criando uma nova legitimidade. (DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Tradução de Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 67 e p. 127).

³⁴⁸ *Maier v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

³⁴⁹ *Harris v. MacRae*, [448 U.S. 297](#) (1980).

³⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 8.

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 212-213.

decide pelo aborto, o que acaba culminando em um recorte de classe. As mulheres com condições financeiras pagam por procedimentos seguros e sanitários, as mulheres sem condições se submetem a procedimentos com menor segurança, menos higiene, em locais muitas vezes inapropriados, dada a impossibilidade de pagar por melhores condições. O direito serve a proteger uma parcela de mulheres, não todas as mulheres estadunidenses, pois não garante acesso igualitário a procedimentos abortivos.

Nesse ponto, são semelhantes a situação estadunidense e a brasileira. No Brasil, as mulheres com condições pagam por procedimentos seguros e sanitários, por procedimentos cirúrgicos em clínicas clandestinas. As mulheres de classe baixa não gozam dos mesmos privilégios. Acabam recaindo em procedimentos inadequados, sem segurança médica, feitos em casa, com objetos perfurantes ou com medicamentos em dosagem inferior à recomendada (ou ainda com o uso equivocado do medicamento, que pode provocar sérias dores, cólicas e sangramentos, podendo levar até mesmo à morte). O que se percebe é que o recorte de classe atinge ambos os países, ainda que no Brasil a clandestinidade seja um denominador comum a todas as mulheres, enquanto nos Estados Unidos o que se tem é uma parcela de mulheres com acesso ao direito de forma plena.

Ainda no sentido de restringir o direito assegurado na sentença de *Roe v. Wade*, em *Planned Parenthood v. Casey*, mencionado anteriormente, o entendimento perfilado foi de que a decisão acerca do aborto é de responsabilidade coletiva, pois teria influência em toda a sociedade, não atingiria apenas a mulher; no entanto, entendeu que a notificação marital não é necessária. A decisão é, em última análise, da mulher, mas isso não significaria um isolamento da gestante para tomar a decisão. A opinião majoritária da Corte foi de que impor que a mulher notifique seu marido da decisão é um ônus excessivo à decisão, uma vez que as mulheres temem a intimidação física, psicológica e econômica. Ainda assim, as restrições não são de caráter proibitivo, na visão de Dworkin, elas visam a responsabilidade, sendo “crucial reconhecer a distinção entre as restrições ao aborto, inclusive as mais onerosas”, que seriam destinadas a atender a este pressuposto de responsabilidade, “e a

expressa proibição, que só se poderia justificar mediante o apelo ao objetivo da coerção, ainda que a linha divisória entre as duas seja às vezes indistinta”.³⁵²

A restrição de cunho econômico pode não ser proibitiva, mas por vezes virá a ser impeditiva, uma vez que mulheres de classes sociais mais baixas, com menores rendas e piores condições de vida podem não conseguir realizar o procedimento adequado em segurança sem o auxílio do Estado, como já defendido. Ela deixa transparecer a linha tênue, figurando quase indistintamente entre proibição e restrição. Percebe-se que algumas restrições, ainda que não proíbam propriamente o direito, impõem severos problemas ao seu pleno exercício.

Dworkin entende que a mulher impedida de interromper a gestação pelo direito, e conseqüentemente obrigada a ter seu filho, não é dona de seu próprio corpo e estaria sujeita a uma espécie de escravidão. A Suprema Corte utiliza dois testes de constitucionalidade em suas decisões, o primeiro deles sendo o “processo legal justo”, pelo qual se entende necessário que os estados ajam racionalmente sempre que venham a restringir a liberdade dos cidadãos. No entanto, esse teste sofre de certa fragilidade, tendo em vista que o Estado poderia alegar que tem interesses legítimos em restringir tais liberdades. Assim, a Constituição vai além e escolhe certas liberdades para transformá-las em direitos constitucionais específicos que o Estado não pode restringir ou revogar, a não ser por razões “inexoráveis”.³⁵³ É graças a esse segundo critério, o de definição de direitos com maior proteção, que a privacidade emerge – e viria, assim, a garantir o direito da mulher sobre seu corpo.

A relevância da decisão dos Estados Unidos está na novidade em situar o direito ao aborto na defesa do devido processo, com a inclusão do direito à privacidade como uma de suas facetas. De fato, o direito à privacidade parece ser um argumento de relevância ao tema.

Para Ronald Dworkin, a questão crucial na discussão é localizar a controvérsia para além do fato de ser ou não o feto uma pessoa constitucional,

³⁵² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 213-215.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 143-145.

mas sim “em saber se os estados têm um poder legítimo de ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida”. Os estados não teriam o poder de proibir o aborto em função da autonomia procriadora. Ele entende que há uma questão moral crucial no debate, pelo que há um interesse legítimo relacionado às decisões sobre a vida, o que permitiria alguma regulamentação por parte dos estados. Quando o feto atinge a viabilidade, haveria uma forma primitiva de sensibilidade fetal, embora ainda não seja uma pessoa, o que poderia ser visto como um momento em que o feto já tem interesses próprios a serem protegidos. Antes disso, há um longo período em que a gestante pode refletir sobre a continuidade da gestação, um prazo razoável para tomar sua decisão. A partir de então, os estados poderiam impedir o aborto de maneira legítima, garantindo a defesa simultânea dos direitos da mulher e dos interesses do feto de maneira moral.³⁵⁴

O que ocorre é que a restrição não pode ser indevida, uma vez que o direito à autonomia reprodutiva da mulher é fundamental. Indevida é a restrição que torne quase impossível o exercício do direito para algumas mulheres, como se entendeu que seria a exigência de notificação do cônjuge prévia à realização do aborto. Outro exemplo seria a imposição de prazos longos entre a decisão da mulher e a realização do aborto, pois no período é possível que as mulheres, especialmente as mais pobres e que refletiram sobre o tema, sejam dissuadidas de abortar. Ainda nesse sentido, a falta de financiamento público aos abortos pode ser uma restrição indevida quando onere demasiadamente a mulher que faz a opção pela interrupção da gestação.

Dworkin entende que, para a realidade estadunidense, a restrição imposta pela sentença em *Planned Parenthood v. Casey* é parte da responsabilidade do governo em alocar verbas³⁵⁵ de acordo com as decisões políticas prioritárias. A

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 235-239.

³⁵⁵ Alguns grupos de cristãos estadunidenses alegam que não gostariam que recursos provenientes de impostos por eles pagos fossem destinados à realização de abortos, práticas com que não concordam por razões religiosas. Dworkin responde que a destinação de recursos a tais procedimentos não ofende a liberdade religiosa dessas pessoas, ainda que considerem as práticas ofensivas, pois não seria diferente doar utilização de viaturas de bombeiros pertencentes ao município para apagar um incêndio em uma igreja que essas pessoas também desaprovam. (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 235-246.)

distribuição dos recursos atinge não apenas quem pratica o aborto, mas a coletividade como um todo.³⁵⁶ Essa noção é estranha à prática brasileira, que tem no Sistema Único de Saúde a concentração de tratamentos de saúde e procedimentos médicos dos mais variados, voltados à população em geral, não apenas aos que comprovadamente não tenham recursos. Por essa razão, os centros de aborto legal (casos permitidos pela lei) realizam procedimentos em hospitais públicos em todo o país.³⁵⁷

A legislação brasileira não traz a possibilidade de abortamento por decisão da mulher, não dá plena tutela aos direitos reprodutivos. Com duas exceções legislativas, apenas em caso de risco à vida da mãe e de gestação decorrente de estupro tem a mulher o direito de interromper a gestação. No entanto, assim como a Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a decidir sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal também foi acionado com o objetivo de dar melhor tutela aos direitos das mulheres, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, cujo objeto foi a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, aqueles cujo tubo neural não se desenvolve da maneira correta e que, por isso, não têm expectativa de vida extrauterina a não ser por breves minutos.

O segundo caso em que o STF teve que decidir sobre direitos reprodutivos esteve relacionado à tecnologia de reprodução humana e utilização de embriões humanos congelados, provenientes de reprodução assistida extrauterina, para pesquisas com células-tronco embrionárias, destinadas à busca de curas contra doenças degenerativas, tratamentos de acidentes vasculares cerebrais, entre outros males. Nesse caso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 questionou a adequação da Lei n. 11.105/05 (Lei de Biossegurança) à

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 244-245.

³⁵⁷ O primeiro serviço de aborto legal no Brasil começou a ser estruturado em 1989, em São Paulo, no Hospital do Jabaquara. Em 1995, oito serviços com atendimento hospitalar e ambulatorial foram implantados e, em 1998, com a publicação da norma técnica do Ministério da Saúde, havia no país um total de dezessete centros. Em 2002, o total era de trinta e cinco serviços de atendimento ambulatorial e hospitalar e outros dez apenas ambulatorial. Todos esses serviços são de atendimento do Sistema Único de Saúde, com verbas públicas. (PEREIRA, Irotilde G. Apresentação do Programa de Aborto Legal nos Hospitais Públicos. *In*: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicos pelo Direito de Decidir, 2002. p. 9-14.)

Constituição, tendo como autor o Procurador Geral da República. Partiu do entendimento de que a vida humana teria início com a concepção e, logo, óvulos fecundados não poderiam ser usados em pesquisas científicas e terapias medicinais, por contrariar o direito à vida do embrião, garantido pelo caput do art. 5º da Constituição.

Visto o panorama brasileiro atual, bem como os argumentos utilizados pela Suprema Corte estadunidense, a análise passa a se voltar ao Supremo Tribunal Federal e aos fundamentos apresentados pelos julgadores brasileiros ao se deparar com os direitos reprodutivos da mulher.

4. LEITURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUESTÕES RELATIVAS À VIDA HUMANA E AO ABORTO – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 como paradigmas de ação da Corte

Nesse ponto, a pesquisa se foca nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que são essenciais ao tema do aborto, uma vez que adentram em temas como o início da vida, a condição de sujeito de direitos, a definição de nascituro e as consequências desse conceito no direito brasileiro. A importância em se tratar dos argumentos é perceber em que medida eles tangenciam uma discussão mais abrangente, que é a possibilidade de descriminalização do aborto em qualquer hipótese.

Inicialmente, faz-se uma abordagem simultânea da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 (que atacou a Lei de Biossegurança, dado que o art. 5º da Lei em questão estabelece a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e terapias) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (com o pedido de autorização de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos), examinando os pedidos formulados, os ministros que participaram dos julgamentos e, em especial, as audiências públicas realizadas em ambos os casos. É interessante perceber que os atores sociais que participaram das audiências se repetem e que, notadamente, grupos religiosos se apresentam ao debate constantemente quando o que se tem em disputa é a possibilidade de escolha e de autonomia em contraposição ao feto e um suposto direito à vida. Esses setores, em geral, defendem a vida como um direito absoluto. O feto seria um ser humano completo – e inocente – e teria direito ao nascimento. Os direitos dos pais não seriam relevantes o suficiente para afastar esse nascimento. Ainda que se tratasse apenas de um embrião, ele teria o direito de se desenvolver plenamente. É nesse sentido que giram os argumentos formulados pela Igreja Católica em ambas as audiências públicas. Em contrapartida, grupos da sociedade civil e profissionais da área médica ocuparam-se em demonstrar que não haveria entraves morais para a utilização de células embrionárias em pesquisas científicas (uma vez que a lei autoriza a utilização de embriões congelados há mais de três anos, que

provavelmente não seriam utilizados para implantação uterina e jamais viriam a se tornar seres humanos completos) ou para a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos (uma vez que estes têm expectativa de vida muito reduzida e obrigar a mulher a levar a cabo a gestação é uma tortura psicológica extrema).

Passada a análise inicial, adentra-se nas decisões a partir dos votos dos ministros em ambos os casos. O primeiro acórdão examinado é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 (proposta pelo Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles), que, como se aduziu, versou acerca da Lei n. 11.105/05, chamada de Lei de Biossegurança, visando declarar inconstitucional o dispositivo que autorizava a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias. Esse tipo de célula teria mais capacidade, em relação às células-tronco adultas, de se transformar nas demais células do corpo humano, segundo especialistas que estiveram presentes nas audiências públicas em sede da ação. Isso significa que elas teriam mais condições de sucesso em pesquisas relacionadas a doenças degenerativas e tratamentos em caso de acidente vascular cerebral, por exemplo. O relator da ação foi o Ministro Carlos Ayres Britto.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi, por maioria, pela improcedência do pedido e manutenção da possibilidade de utilização das células embrionárias na ciência. Votaram em sentido diverso os ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso, que restaram vencidos, como se verá na sequência.

O segundo acórdão em exame é o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, com o objetivo de autorizar a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, aqueles que não desenvolvem corretamente o tubo neural e, portanto, não têm expectativa de vida extrauterina além de alguns minutos. O relator foi o Ministro Marco Aurélio de Mello. A legitimidade da entidade proponente está na possibilidade de punição de profissionais da área médica que viessem a antecipar o parto desses fetos. O entendimento da Corte foi pela possibilidade de antecipação terapêutica do parto nesse caso, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, com argumentos que serão examinados abaixo.

O que se pretende é demonstrar que a influência religiosa na sociedade atinge não apenas parlamentares, mas chega, em alguma medida, ao Supremo Tribunal Federal, com participação em audiências públicas e pressão política sobre as decisões relacionadas à vida e ao nascimento. Igualmente, a forma como a Corte trata o corpo da mulher e a sua possibilidade de escolha racional é relevante para a análise. Ao fim, faz-se uma comparação entre as decisões para se extrair as conclusões do Tribunal sobre a questão e em que elas estão relacionadas à temática, mais ampla, do aborto.

4.1. Apontamentos iniciais acerca dos dois casos e análise das Audiências Públicas

Dentre as primeiras palavras da ementa do Acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que decidiu acerca da chamada antecipação terapêutica do parto (em outros termos, do aborto de fetos anencefálos) em 2012, encontra-se a questão da laicidade estatal e o surgimento da república brasileira com neutralidade quanto às religiões. No entanto, o relatório, de autoria do Ministro Marco Aurélio Mello, tem início com o Sermão da Primeira Domingo do Advento³⁵⁸, de autoria do Padre Antônio Vieira. Referências relacionadas à laicidade do Estado são do mesmo modo encontradas no Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, de 2008, cujo objeto foi o art. 5º da Lei n. 11.105/05, chamada de Lei de Biossegurança, acerca da possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e tratamentos médicos. Ainda no relatório, de autoria do Ministro Carlos Ayres Britto, estão presentes referências à laicidade do Estado oposta à autonomia da vontade, como se observará detalhadamente a seguir, além de considerar que a questão é multidisciplinar e envolve diversos setores do saber humano, tais como direito, filosofia, religião, ética, antropologia e ciências médicas e biológicas.

³⁵⁸ Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16378>. Acesso em 16.11.2015.

A partir da leitura dos acórdãos de tais julgados, é perceptível que os argumentos utilizados em ambos são muitas vezes coincidentes para justificar as posições adotadas pela Corte brasileira – quais sejam, permitir que as células-tronco embrionárias sejam usadas em atividades científicas e permitir que mulheres antecipem o parto de fetos comprovadamente com má formação do tubo neural (com ausência parcial do encéfalo, o que impediria a vida extrauterina) – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, respectivamente.

É igualmente possível perceber que não se escapa ao debate religioso nos casos citados, inclusive com a participação de entidades representativas da Igreja Católica, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que atuou como *amicus curiae* em sede da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, além de todas as entidades de cunho religioso participantes das audiências públicas em ambos os casos, a exemplo da Igreja Universal do Reino de Deus.

Luís Roberto Barroso assevera que, ainda que sejam discussões totalmente diferentes, foram alçadas ao Supremo Tribunal Federal contemporaneamente e compartilham de diversas questões éticas e jurídicas, o que justifica que sejam conjuntamente analisadas.³⁵⁹ De fato, como os argumentos se repetem ao longo dos acórdãos, é interessante analisá-los paralelamente.

A propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 se deu pelo Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, com fundamento na violação ao direito à vida por parte do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105 de 2005) ao permitir a utilização de embriões extranumerários fecundados *in vitro* para pesquisas e terapias, desde que inviáveis e congelados há três anos ou mais. Entendeu a parte autora que o embrião é uma vida humana e que os procedimentos em questão atentam contra “o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”. Afirmou que a vida humana começaria com a fecundação e que o zigoto é um “ser humano embrionário” – e, ainda, que a pesquisa com

³⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco*: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *Panóptica*, ano 1, n. 7, mar.-abr. 2007. p. 3.

células-tronco adultas seria, “objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias”.³⁶⁰

Congresso Nacional, Presidência da República (com parecer de Rafaelo Abritta) e o então Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, concluíram pela constitucionalidade da lei, entendendo estar a hipótese em questão amparada pela Constituição Federal. O Chefe do Ministério Público Federal, Antônio Fernando de Souza, atuando como fiscal do direito, opinou pela inconstitucionalidade da lei.³⁶¹

Enquanto *amici curiae*, foram admitidas entidades de representatividade social, tais como Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (Movitas), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Além disso, foi convocada audiência pública (a primeira da história do STF), com objetivo de tornar a decisão mais democrática e participativa.³⁶²

Ao longo das discussões, submergiram duas correntes acerca do tema – correntes que acabam traduzindo os argumentos utilizados para defender a inconstitucionalidade da lei ou para justificar a constitucionalidade, cada uma a seu lado, a partir de argumentos científicos –, conforme Ayres Britto sintetizou em seu relatório. O Ministro, após a exposição dos argumentos na audiência pública, afirmou que, por paradoxal que pareça, ambos os lados estariam “certos” e homenageariam a Constituição. Assim, a primeira corrente entendeu não haver vantagem na utilização de células-tronco embrionárias em relação às células-tronco adultas. Compreendeu que o embrião possui autoconstitutividade, que o tornaria protagonista central para tornar-se um ser humano – ao passo que o útero feminino teria papel meramente coadjuvante, como um abrigo e como fonte de alimento. A retirada de células do embrião fecundado externamente ao útero destruiria a unidade de um personalizado conjunto celular (formado com a fecundação), sendo assim, para esta corrente, um “mal disfarçado aborto”. Entendem ainda, nas palavras do Relator, que a pessoa

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. p. 12.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Relatório, p. 3-4.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Relatório, p. 4.

humana seria mais que a individualidade advinda do parto feminino, mas existiria em sua individualidade genética e especificidade ôntica desde o instante da fecundação do óvulo feminino pelo espermatozoide masculino, ainda que externamente ao corpo da mulher. O ser humano teria duas fases de vida, uma interna ao útero e a outra que se iniciaria com o parto, etapas estas que, para a corrente ora examinada, mereceriam a mesma proteção jurídica em ambas. A fase intrauterina deveria ser vista enquanto um ser humano embrionário, uma pessoa em etapa de embrião (não um embrião em vias de se tornar pessoa).³⁶³

Da primeira corrente, cita o Relator as palavras de Lenise Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília, que acredita que a vida humana tem início na fecundação, com definição das características genéticas do indivíduo, o gênero, as tendências hereditárias, “dons” para artes. “Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível.”³⁶⁴ A interpretação da cientista é de que grande quantidade de características já estariam definidas, de forma que o ser em questão já estaria formado em suas individualidades, e a utilização de célula deste embrião feriria a vida em questão.

Em síntese, esta corrente apresentou os seguintes argumentos para postular pela procedência da tese da ADI³⁶⁵:

a) tratou da autonomia do embrião humano, demonstrando entender que a vida teria início com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, sendo arbitrário determinar qualquer outro momento para o início da vida que não o próprio momento da fecundação e formação do embrião. Esta seria uma definição médica incontestável. O destino daquele de um ser vivo estaria pré-determinado desde o primeiro dia (dia da fecundação), com todo seu programa genético, suas características físicas, mentais, merecendo, portanto, respeito

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Relatório, p. 4-5.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Relatório, p. 10. Audiência Pública realizada em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7yNzxx_nrAs.

³⁶⁵ Audiência Pública realizada em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7yNzxx_nrAs.

enquanto pessoa humana, desde sua fecundação, com direito à vida e à integridade física como emanado do princípio de igualdade;

b) haveria comunicação entre o zigoto e a mulher desde o primeiro momento, duas a três horas após a fecundação, com o envio de substâncias, uma chamada “conversa molecular”. A retirada de um feto do útero seria comparável ao desligamento de um computador pela retirada de seu cabo da tomada, o que geraria problemas ao corpo da mulher, tais como depressão, aumento dos índices de suicídio (causados pela depressão) e aumento da infertilidade;

c) haveria casos de bebês saudáveis nascidos mesmo após congelamento do embrião por longos períodos de tempo (entre 6 e 7 anos foram casos citados, mas até mesmo após 13 anos de congelamento foi aventada a possibilidade);

d) não haveria resultado positivo algum com o uso de células-tronco embrionárias – elas não apresentariam benefícios às pesquisas científicas, ou ao menos não apresentariam benefícios que justificassem sua utilização em lugar de outras células-tronco;

e) seria possível transformar células-tronco adultas em células embrionárias totipotentes ou pluripotentes em laboratório;

f) seria possível a utilização de células do líquido amniótico, que têm a característica embrionária, para os estudos;

g) a utilização de células-tronco adultas daria conta dos tratamentos médicos e pesquisas científicas, de forma que não seria necessário utilizar células-tronco embrionárias;

h) pacientes que receberam infusões de células-tronco embrionárias teriam apresentado indícios de rejeição e em animais teria havido até mesmo a ocorrência de tumores;

i) haveria grande diferença entre um embrião congelado e uma pessoa com morte encefálica, de forma que esse conceito não poderia ser aplicado ao embrião, que ainda não tem seu sistema nervoso desenvolvido;

j) uma vez que, do ponto de vista ético e moral, se estaria lidando com uma vida humana desde o primeiro momento, esta seria intangível, uma vez que não seria apenas um emaranhado de células, mas um ser vivo completo.³⁶⁶

³⁶⁶ A favor da inconstitucionalidade, expuseram na Audiência Pública da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 os seguintes pesquisadores: Elizabeth Kipman da Cerqueira,

A segunda corrente é a que crê na maior plasticidade e superior versatilidade das células embrionárias em relação às adultas para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, o que seria o apogeu para as pesquisas e terapias e proporcionaria “um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana”, nos termos descritos por Ayres Britto. Ele entende que a corrente em questão não padece de incômodos morais ou de consciência, uma vez que o embrião *in vitro* seria uma realidade do mundo do ser, vivo, mas não tal qual o embrião que está no útero da mulher, uma vez que aquele só viria a se tornar plenamente uma pessoa humana com a “meticulosa colaboração do útero e do tempo”. O Relator descreve ainda que o processo por que passam útero e embrião através do tempo formaria o indivíduo “com seus desdobramentos ético-espirituais”, leitura que diz fazer nas entrelinhas das explanações, chegando à conclusão de que “o próprio cosmo” estaria “subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno”, que teria mesmo “uma aura de exaltação da mulher [...] como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível”³⁶⁷.

Note-se que o Ministro se utiliza de uma esfera sobrenatural para tratar da maternidade feminina, notadamente do “poder” do útero em criar um novo indivíduo. Ele conclui, quanto a esta corrente científica, que em torno do mencionado órgão feminino haveria uma esfera ôntica, que fugiria aos controles

Médica, especialista em ginecologia e obstetrícia, pesquisadora em matéria de bioética; Antônio José Eça, Médico psiquiatra, docente de medicina legal; Marcelo Vaccari, Médico cirurgião plástico, mestre pela Universidade Federal de São Paulo, colaborador de pesquisa com células-tronco pela USC de Bauru; Alice Teixeira Ferreira, Médica, professora da Universidade Federal de São Paulo, coordenadora de estudos pré-clínicos com células-tronco adultas, pesquisadora com biologia celular e molecular; Lílian Pinheiro Eça, Biomédica, professora na Universidade do Sagrado Coração de Bauru, Pesquisadora em célula-tronco na Universidade Federal de São Paulo e na Universidade do Sagrado Coração, Coordenadora de Pós-Graduação do Centro Universitário, Diretora Científica do Centro de Atualização em Saúde e Presidente do Instituto de Pesquisa em células-tronco; Rodolfo Acatauassu Nunes, Professor de medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mestre e doutor em cirurgia geral; Herbert Praxedes, Médico hematologista, Professor emérito de Hematologia da Universidade Federal Fluminense; Cláudia Maria de Castro Batista, Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, pesquisadora com células-tronco, com Doutorado na Universidade de Toronto; Lenise Aparecida Martins Garcia, professora titular de biologia molecular da Universidade Nacional de Brasília, presidente do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem Aborto.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Relatório, p. 8-9.

e conhecimentos científicos, invocando a famosa citação de Shakespeare: “Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia”.³⁶⁸

Os argumentos apresentados por esse grupo de cientistas para sustentar a constitucionalidade da Lei n. 11.105/05 são, de forma sintética:

a) as células-tronco embrionárias têm a possibilidade de se transformar em um maior número de células e tecidos do que as células-tronco adultas. As embrionárias têm potencial para se transformar em todos os tipos de células, o que não seria verdade para as adultas, pois estas envelhecem e apresentam menos potencial de regeneração;

b) a fecundação é condição necessária, mas não suficiente para a vida humana;

c) há diferença entre o aborto e a utilização das células-tronco embrionárias, na medida em que, no primeiro caso, há uma vida intrauterina que apenas é interrompida através da intervenção humana, enquanto que no segundo caso o que se tem é um organismo que vem a se tornar uma vida justamente através da intervenção humana;

d) a utilização de um embrião congelado, que nunca virá a ser implantado no útero da mulher, seria semelhante à situação de um indivíduo com morte cerebral que doa órgãos – o embrião congelado, no entanto, doaria suas células, uma vez que não tem e, uma vez que não será implantado no útero, nunca terá vida cerebral;

e) o útero é uma barreira intransponível, essencial ao desenvolvimento do embrião em um ser humano;

f) os embriões *in vitro* que são utilizados em pesquisas são aqueles que jamais seriam inseridos no útero materno, são os remanescentes ou extranumerários;

g) as clínicas genéticas, que realizam o procedimento de fertilização, descartam os embriões que consideram inviáveis por apresentarem uma grande chance de má formação fetal e a proposta desse grupo de cientistas é justamente de que os “descartáveis” possam ser utilizados em pesquisas;

³⁶⁸ Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V, citado em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Relatório, p. 8.

h) o dispositivo intrauterino e a pílula do dia seguinte interferem no embrião que está dentro do corpo da mãe, na medida em que apenas impedem a nidação (implantação do embrião no útero), não impedem a fecundação. Os embriões congelados não estão – e nunca estarão – dentro do útero materno. Portanto, na medida em que o dispositivo intrauterino e a pílula do dia seguinte são autorizadas pelo direito brasileiro, também a utilização de embriões congelados deveria ser;

i) com as pesquisas realizadas, haveria uma maior chance às pessoas que buscam uma cura e melhores condições de vida;

j) a questão do início da vida humana é insolúvel, uma vez que a opinião de cada um tem interferência de sua criação, de crenças, de opiniões religiosas;

k) pacientes de acidente vascular cerebral (AVC), diabetes, esclerose lateral amiotrófica (ELA), Parkinson, entre outras doenças de caráter degenerativo e autoimune, são alguns dos que seriam beneficiados a partir do tratamento com células-tronco embrionárias, que se apresentam muito promissoras. As células adultas não dão conta de regenerar da mesma maneira e acabam não impactando igualmente o tratamento dos pacientes que sofrem das mencionadas doenças;

l) a célula-tronco embrionária seria totalmente diferente do embrião – por não estar inserido no útero, seria uma cultura, uma linhagem celular;

m) a pesquisa científica nessa área deveria ser realizada tanto com as células adultas quanto com as embrionárias, de forma a se alcançar os objetivos da melhor maneira, para se identificar qual delas resolverá cada problema;

n) as células-tronco adultas não tornariam a pesquisa com as células embrionárias desnecessárias;

o) a repetição de experimentos científicos é que demonstra o êxito, motivo pelo qual ainda seriam necessários maiores estudos para se ter certeza em que medida a utilização das células-tronco embrionárias é melhor – mas já se teria a certeza de que ela de fato é mais promissora;

p) não se poderia dar as mesmas proteções jurídicas e éticas a um embrião em relação a uma pessoa nascida viva.

q) a longo prazo, a todas as pessoas seriam beneficiadas com esse tipo de pesquisa científica, tendo em vista a possibilidade de cura de uma ampla

gama de doenças, mas imediatamente diversas pessoas acometidas por doenças poderiam obter significativos resultados;

r) segundo dados apresentados pelos pesquisadores, cerca de 9.000 embriões estariam congelados no país em 2008, dos quais em torno de 3.000 seriam viáveis e, segundo pesquisas realizadas com os pais (doadores do material genético), que deveriam consentir em dar seus embriões às pesquisas ou a outros casais, em torno de 20 embriões teriam a possibilidade de ser utilizados por outros casais (em razão do baixo número de doadores que consentiriam com essa possibilidade);

s) uma eventual resposta que fosse dada pela Corte brasileira acerca da tese da ação teria repercussão na questão do aborto, tema que paira sob um marco religioso, que merece debate de caráter político e sanitário relacionado a direitos reprodutivos e à promoção de saúde das mulheres.³⁶⁹

Ayres Britto teceu alguns questionamentos aos pesquisadores. As perguntas foram comuns aos dois grupos e versaram sobre o que seria

³⁶⁹ Pela constitucionalidade, expuseram na Audiência Pública da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 os seguintes pesquisadores: Mayana Zatz Professora de genética da Universidade de São Paulo, dirigente do Centro de Estudos do Genoma Humano, Membro da Academia Brasileira de Ciências e presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular; Patrícia Pranke, Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com doutorado em Genética e Biologia Molecular pela Universidade Federal Rio Grande Sul e no Laboratório de Células-tronco do New York Blood Center; Lúcia Willadino Braga Neurocientista, pesquisadora pós-doutora em neurociências, chefe da área de pesquisas da Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação, membro da diretoria da Sociedade Internacional de Lesão Cerebral e Vice-Presidente da Federação Mundial de Reabilitação; Stevens Rehen, Presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências, Chefe do Laboratório de Células-tronco embrionárias do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rosália Mendes Otero, Professora titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro da Academia Brasileira de Ciências, coordenadora do programa de terapias celulares da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Júlio Cesar Voltarelli, Coordenador da unidade de transplante de medula óssea do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo; Ricardo Ribeiro dos Santos, Professor titular da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da USP aposentado. Pesquisador titular da Fundação Oswaldo Cruz (Bahia), com grupos de pesquisa em célula-tronco adultas; Lygia Pereira, Doutora em Genética Humana pelo Hospital Monte Sinai em Nova York, professora da Universidade de São Paulo, trabalha com pesquisas no Laboratório de Genética Molecular desta Universidade; Luiz Eugênio Araújo Mello, Doutor em Biologia Molecular, Pós-doutor em neurofisiologia, pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal de São Paulo, pesquisador do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Antônio Carlos Campos de Carvalho; Médico, Doutor em Ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Coordenador de ensino e pesquisa do Instituto Nacional de Cardiologia, Professor Titular do Albert Einstein College Medicine em Nova York, Membro da Academia Brasileira de Ciências e da Academia de Ciências do Mundo em Desenvolvimento, e Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Débora Diniz, Antropóloga, Doutora em Antropologia pela Universidade Nacional de Brasília, Pós-doutora em Bioética pela Universidade de Leeds (Reino Unido), Pesquisadora das implicações éticas, sociais e legais do Projeto Genoma Humano dos Estados Unidos da América, Diretora da Associação Internacional de Bioética e membro da Diretoria do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

“nascituro” para as ciências médicas e biológicas; qual a importância médica ou biológica do marco dos três anos de congelamento dos embriões (período determinado pela lei para a possibilidade de utilização das células-tronco embrionárias); o que seriam “embriões inviáveis”; e, pergunta formulada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, qual seria o melhor destino a ser conferido para os embriões extranumerários congelados em clínicas de fertilização.

Para a corrente contrária à tese da Ação Direta de Inconstitucionalidade, nascituro (ser humano em gestação, ainda não nascido) é um termo do vocabulário jurídico que acabou migrando para o campo médico em razão de sua utilização entre os juristas; embriões inviáveis seriam os que apresentam alterações morfológicas que comprometam seu pleno desenvolvimento; o melhor destino aos embriões congelados seria o que respeita a autonomia da vontade dos genitores; a exigência de 3 anos de congelamento dos embriões não estaria relacionada às questões de viabilidade, mas sim com a possibilidade de o casal ter um prazo mínimo para decidir sobre a utilização de seus embriões congelados, para bem definir sua vontade sobre ter mais filhos ou não e também quanto à própria utilização do embrião em pesquisa; em relação às células germinativas, apenas dois trabalhos trataram delas, não se teria maiores informações acerca de sua utilização em terapias.³⁷⁰

O grupo pró-tese da ação respondeu aos mesmos questionamentos: nascituro seria a vida humana gestada, em desenvolvimento para nascer; em relação aos 3 anos de congelamento, não há prazo biológico; a cientista selecionada para responder sobre o melhor destino aos embriões extranumerários congelados, Lenise Aparecida Martins, comparou a situação à divisão do produto de um roubo, afirmando que esses embriões não deveriam ter sido congelados – para ela, o congelamento seria um erro e o descarte seria ainda pior; o embrião inviável é definido através de critérios morfológicos observáveis, o que o grupo acredita ser critérios grosseiros, que isso só poderia ser definido dando-se a chance de ser implantado; por fim, com relação às células germinativas e as características de células embrionárias que elas

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública realizada em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZepjzhcUbeg>.

poderiam produzir, a pesquisa era deveras recente, do ano anterior à audiência pública.³⁷¹

As duas mencionadas correntes, após todo o debate realizado, parecem partilhar a ideia de que a utilização de células-tronco é interessante, mas divergem quanto ao tipo de célula-tronco a ser utilizada (os que são a favor da inconstitucionalidade entendem que apenas as adultas deveriam ser utilizadas, seja pelo desempenho em pesquisas ou por fundamentos éticos, enquanto o grupo que defende a constitucionalidade entende que tanto adultas quanto embrionárias são valiosas às pesquisas). Discordam, em alguma medida, quanto ao início da vida humana. A corrente que é a favor da inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança entende pela intangibilidade da vida em questão; defende que células-tronco adultas têm igual ou até mesmo maior potencialidade na cura de enfermidades; que não haveria qualquer vantagem na utilização e células-tronco embrionárias, estas apresentando até mesmo rejeição em pacientes que as receberam; que não seria ética a utilização de células de um ser humano embrionário; que a gestante já tem interações com o embrião algumas horas após a fecundação; que seria possível implantar embriões mesmo após anos de congelamento com bebês saudáveis.

A segunda corrente, favorável à utilização de células-tronco embrionárias e, portanto, pela improcedência da ação, entende que as células-tronco embrionárias apresentam resultados muito mais interessantes que as adultas, com totipotência (capacidade de transformação em qualquer tipo de célula ou tecido), com capacidade maior de multiplicação de células. Eles destacam que o embrião não implantado jamais virá a se tornar um ser humano, pois o útero é uma barreira intransponível, sem ele o desenvolvimento do embrião é inviável. Entendem ainda que, uma vez que os embriões congelados por um longo período de tempo apresentam menor possibilidade de desenvolvimento de um bebê sadio e, dessa forma, são invariavelmente descartados. A alternativa ao descarte seria a doação às pesquisas, que teria por finalidade encontrar cura de doenças e, assim, promover a dignidade humana.

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública realizada em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZepjzhcUbeg>.

Relevantes argumentos foram apresentados pelas entidades que atuaram enquanto *amici curiae* e incluídas ao processo, os quais foram apresentados ao plenário no início do julgamento. O grupo Conectas Direitos Humanos destacou que ambos os grupos eram favoráveis à vida, que seria um direito igualmente defendido por todos – a diferença estaria em qual vida ser defendida ou em que medida se defende uma ou outra vida. Defendeu que um conjunto de células de quatro ou cinco dias de vida não poderia ser comparada a uma pessoa, esta que tem direitos defendidos pela Constituição – e esta não faz referência clara à vida antes do nascimento.³⁷²

Os fundamentos dos votos dos ministros e a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 serão abordados na sequência da pesquisa.

A Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, por sua vez, tem como autora a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com base na distinção entre aborto e a chamada antecipação terapêutica do parto (hipótese que se relaciona aos fetos anencéfalos). Nas palavras de Luís Roberto Barroso, antes da tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, as gestantes que tomavam ciência da anencefalia do feto e desejavam abreviar a gestação tinham que requerer judicialmente e restavam, muitas vezes, “à mercê da convicção religiosa de promotores e juízes. Em muitos casos, a decisão acerca do pedido vinha tarde demais, quando o desfecho já havia se consumado.” Assim, a estratégia do então advogado Barroso foi a de buscar uma confederação sindical com legitimidade para propositura da ação, conforme ele narra em artigo na obra *Anencefalia nos Tribunais*, uma vez procurado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), organização não-governamental voltada para a defesa dos direitos das mulheres. A CNTS foi escolhida como potencial autora da ação em face da legitimidade ativa conferida às confederações sindicais pelo art. 103, IX, da Constituição, sendo então abordada para que figurasse no polo ativo da Arguição.³⁷³

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=QBxMcYxAy_o. Acesso em 16.11.2015.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. A discussão da anencefalia no Supremo Tribunal Federal: Antecedentes, estratégia jurídica e expectativa. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 11-18.

A possibilidade de profissionais da área de saúde virem a sofrer enquadramentos de tipos penais em relação à antecipação do parto é o que fundamenta a ação. Invoca preceitos fundamentais tais como a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade, assim como o direito à saúde. Tendo em vista a anomalia da anencefalia englobar a ausência de hemisférios cerebrais e córtex, os fetos em questão não apresentam expectativa de vida extrauterina além de alguns minutos, além de ser uma situação de risco à vida e à saúde da mãe, além de danos de caráter subjetivo (dor, angústia), evidenciando-se prejuízos à dignidade humana em aspectos físico, moral e psicológico. Haveria também o cerceamento à liberdade e à autonomia da vontade da mulher.³⁷⁴ O objetivo da ação seria de possibilitar à mulher a escolha pela interrupção (ou não) do parto quando o feto seja anencéfalo, conforme atestado por médico habilitado, e ao mesmo tempo garantir que os médicos que desempenhem a antecipação não sejam denunciados por suas ações.³⁷⁵

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil novamente demandou ingresso ao processo pela figura do *amicus curiae*, mas nesse caso teve o pedido indeferido pelo Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, que entendeu não ser cabível tal figura em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental³⁷⁶, pois estaria adstrita às ações direta de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, nos moldes da Lei n. 9.868/99.³⁷⁷ Outros grupos da sociedade civil fizeram semelhantes pedidos, tais como Católicas pelo Direito

³⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Anencefalia e um novo STF. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 19-23.

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Relatório, p. 4-7.

³⁷⁶ O entendimento foi modificado pela Corte, que passou a admitir a figura do *amicus curiae* nesse tipo de ação. De fato, mesmo antes do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 o *amicus curiae* era aceito pelo Supremo Tribunal Federal em arguição de descumprimento de preceito fundamental, a exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33, julgada em 2005, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Ele a princípio não permitiu a inclusão de interessados nessa modalidade, mas mudou sua opinião após provocação fundamentada e acabou admitindo a figura. A interpretação permissiva é dada pela aplicação direta da Lei n. 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. [Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em 16.11.2015.].

³⁷⁷ Lei que dispõe sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação do Desenvolvimento da Família, todos negados sob o mesmo argumento de incompatibilidade da figura com a arguição de descumprimento de preceito fundamental pela lei.³⁷⁸

Assim como no caso anterior, o Procurador-Geral da República que atuou nesta arguição foi Cláudio Lemos Fonteles, entendeu que não haveria interpretação conforme à Constituição para o pleito.³⁷⁹

O Ministro Relator convocou audiência pública com o objetivo de ouvir as entidades interessadas no pleito, e não apenas as que demandaram a condição de *amicus curiae*, mas também outras entidades científicas de saúde, de direitos humanos, religiosas.³⁸⁰ A audiência pública foi dividida em 4 datas, sendo elas 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008. O primeiro dia da audiência destinou-se às entidades de cunho religioso e sociológico.

Contra a possibilidade de escolha e, consequentemente, da hipótese discutida pela autora da ação, os argumentos aventados seguiram tanto pelo viés religioso como pelo científico, com a coincidência da noção de que a vida humana teria início com a fecundação – tal e qual foi defendido por um dos grupos de pesquisadores ao longo da audiência pública em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 e, inclusive, com a presença de vários cientistas em ambas as audiências públicas – e que a partir de então haveria intangibilidade quanto a esta vida. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu a humanidade do feto em gestação, independente da má-formação, e que o fato de ter reduzida expectativa de vida não seria suficiente para negar direitos e identidade. A Igreja Católica seria a favor de uma “cultura de vida” e,

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Relatório, p. 17.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Relatório, p. 15.

³⁸⁰ O Ministro, em decisão acerca da convocação da audiência pública, listou as seguintes entidades: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Católicas pelo Direito de Decidir; Associação Nacional Pró-vida e Pró-família; Associação de Desenvolvimento da Família (estas quatro que haviam pleiteado ingressar como *amicus curiae*); Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Conselho Federal de Medicina; Rede Nacional Feminista de Saúde; Direitos Sociais e Direitos Representativos; Escola de Gente; Igreja Universal; Instituto de Biotécnica; Direitos Humanos e Gênero; e também o então deputado federal José Aristodemo Pinotti (falecido em 2009), este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP.

dessa maneira, hostil ao que denomina “cultura de morte”, que relaciona ao aborto. A vida humana seria, além de um bem individual, um bem social, de forma que o Estado não poderia “julgar o valor intrínseco de uma vida pelas deficiências”. Ainda, comparou a antecipação terapêutica do parto a um aborto eugênico, em razão da não correspondência da “pessoa” aos padrões arbitrários da sociedade moderna. Como o feto poderia nascer vivo, não estaria em morte encefálica, não se poderia interromper esta vida. Ademais, demonstrou crença de que a ciência poderia encontrar uma cura para a anencefalia. A morte seria atestada a partir de um momento de irreversibilidade, sem atividade nos órgãos.³⁸¹

Na área científica, os argumentos aventados contra a tese da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (consequentemente, contra a interrupção da gestação em casos de anencefalia) foram:³⁸²

a) a vida do anencéfalo se sobrepõe a outros direitos, e aqui não estaria em discussão o direito da mulher, mas o direito à vida – a vida do anencéfalo seria um direito com primazia sobre o direito à dignidade da mulher gestante deste feto – e a reduzida expectativa de vida do feto não teria o condão de limitar os direitos do nascituro;

b) a interrupção da gravidez seria contraindicada para a saúde da mulher, enquanto que não haveria maior risco em gravidez de feto com anencefalia à mãe que em uma gravidez de gêmeos. Os problemas decorrentes da manutenção desse tipo de gravidez se resolveriam de forma espontânea após o parto, enquanto que as sequelas da antecipação do parto seriam permanentes;

c) haveria substrato neural no anencéfalo para desempenho de funções vitais e de consciência, então os órgãos poderiam ser utilizados para transplante;

d) haveria uma carência de profundidade nos estudos sobre a matéria até o momento;

e) o termo “antecipação terapêutica do parto” seria incorreto, pois se trataria de aborto eugênico;

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Padre Luiz Antonio Bento. Audiência Pública realizada em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdgj8>.

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Audiência Pública. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdgj8>.

f) apenas ao fim do primeiro trimestre gestacional se teria precisão de diagnóstico quanto à anencefalia;

g) o feto poderia ter expectativa de vida variável, a depender do que é formado de hipófise na base do cérebro, com um percentual entre 40% e 60% de nascidos vivos, e 8% dos casos com sobrevivência ao longo de algumas horas;

h) o uso de grande quantidade de agrotóxicos na agricultura, a má qualidade do saneamento básico e, especialmente, a não inserção de níveis razoáveis de ácido fólico na alimentação de mulheres em idade fértil são fatores que interferem na anencefalia – e seria com essas questões que o Estado deveria preocupar-se, não com a permissão dos procedimentos de interrupção da gravidez;

i) bebês anencéfalos, por vezes, possuiriam sinais clínicos de atividade cerebral – reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta auditiva, respiração espontânea;

j) o protocolo para diagnóstico de morte encefálica indicado pelo Conselho Federal de Medicina só poderia ser utilizado em pessoas com mais de sete dias de vida extrauterina, algo que inviabiliza sua aplicação aos fetos anencéfalos (que possuem apenas a expectativa de algumas horas de vida, então não seria possível realizar a adequada comparação entre anencefalia e morte cerebral);

k) em alguns casos, nascidos com anencefalia teriam apresentado interação com outras pessoas, a exemplo de choro a partir da ausência dos pais;

l) a descriminalização da conduta teria o objetivo de estabelecer um controle de natalidade.³⁸³

³⁸³ Contra a possibilidade de antecipação terapêutica do parto, expuseram na audiência: Rodolfo Acatauassu Nunes, professor adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mestre e doutor em medicina pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e representante da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem Aborto; Irvênia Luíza de Santis Prada e Marlene Rossi Severino Nobre; Lenise Aparecida Martins Garcia, professora titular de biologia molecular da Universidade Nacional de Brasília, presidente do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem Aborto; Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi, representante da Associação de Desenvolvimento da Família (ADEF), professora de endocrinologia, conselheira do Conselho Regional de Medicina de São Paulo; Cinthia Macedo Specian, especialista em pediatria e neurologia pediátrica, coordenadora do serviço de neonatologia e da Unidade de Terapia Intensiva neonatal do Hospital São Francisco; Dervival da Silva Brandão, médico especialista em ginecologia e obstetrícia, membro titular da Academia Fluminense de Medicina e Presidente da Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina.

Ainda em sede da audiência pública, o então deputado federal Luiz Bassuma, então do Partido dos Trabalhadores da Bahia (posteriormente filiado ao Partido Verde), Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto, manifestou-se igualmente pelo direito inviolável à vida, fazendo referência à ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Estado brasileiro, entendendo que os anencéfalos estariam sob proteção do referido tratado, devendo ter assegurado o direito de igualdade de oportunidade. Ele disse estar defendendo o direito do ser que não estaria sendo respeitado e, ainda, comparou a situação do feto anencéfalo à de uma criança de seis anos que tenha sido queimada ou perdido membros – entende, assim, que defender a antecipação terapêutica do parto de anencéfalo seria o mesmo que matar essa criança.³⁸⁴

A Igreja Universal do Reino de Deus, representada por Carlos Macedo de Oliveira, defendeu a laicidade do Estado, bem como a liberdade de culto, e sustentou o livre arbítrio dos seres humanos – sendo que no caso em tela o que deveria prevalecer seria a vontade da mulher, pois apenas ela teria condições de dimensionar o impacto pessoal de uma gravidez de feto anencéfalo. Ainda, destacou que a questão examinada traria o debate do aborto, que já estaria há muito postergado, que pode ser interpretado a partir de um ponto de vista religioso, mas que diz respeito apenas ao direito à saúde da mulher. A sociedade tradicionalmente machista e, ainda que seja um tema de interesse social, seria fundamental que fosse uma decisão de livre arbítrio. O bem comum passaria necessariamente pelo bem individual de cada pessoa. Não seria possível obrigar a mulher a carregar por nove meses um feto que ela não terá a felicidade de ver crescer. A descriminalização do aborto, notadamente a interrupção da gestação de feto anencéfalos, não seria o mesmo que torná-lo obrigatório – trata-se de uma questão de livre arbítrio em decidir ou não pela hipótese.³⁸⁵

A Organização Católicas pelo Direito de Decidir, no mesmo sentido da Igreja Universal, enfatizou sobremaneira a laicidade do Estado, que seria

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Audiência Pública. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tqa4bPkcnkk>>. Acesso em 16.11.2015.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Audiência Pública. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tqa4bPkcnkk>. Acesso em 16.11.2015.

condição imprescindível ao exercício da cidadania de todas as pessoas e para a proteção dos direitos constitucionais, a liberdade e a autodeterminação. Não se poderia impor a toda a sociedade, cada dia mais diversa em suas adesões religiosas, a agenda moral das religiões a partir das políticas públicas destinadas a todas as pessoas. Ressaltou a ampla gama de argumentos contrários à autonomia de direitos reprodutivos da mulher que, embora se apresentem como oriundos de uma corrente laica, são a expressão de uma doutrina e moral religiosa específica. O grupo entende necessário que as leis brasileiras expressem a laicidade trazida pela Constituição, com a defesa das liberdades democráticas. Uma legislação permissiva faculta, mas não obriga, de forma que haveria respeito tanto às mulheres que desejam quanto as que não desejam manter a gestação de forma isonômica. A dignidade das mulheres que querem interromper a gestação era, até então, desrespeitada. O recurso à própria consciência deveria tutelar a escolha das mulheres.³⁸⁶

Foram ouvidas também as entidades e organizações científicas que partilhavam a posição favorável à tese da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. De forma abreviada, os argumentos que fundamentam a tese da arguição, em favor da permissão da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, foram os seguintes:

a) o diagnóstico da anencefalia pode ser feito a partir de algumas semanas de gestação. Os médicos, no entanto, apesar de considerarem que a interrupção desta gestação não incidiria nas hipóteses do Código Penal, recusam-se a realizá-la por temer responsabilização criminal;

b) as gestantes de fetos anencéfalos sofreriam problemas de saúde por conta da anomalia, a exemplo de variações de líquido amniótico, hipertensão, diabetes, risco de morte, além de aumento nas complicações durante e após o parto, e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão. Somente a mulher, dada a situação limítrofe de vulnerabilidade em

³⁸⁶ A representante do grupo Católicas Pelo Direito de Decidir foi Maria José Rosado-Nunes, socióloga, doutora pela École des hautes études en sciences sociales de Paris, mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pela Université Catholique de Louvain, Bélgica, professora da PUC-SP, pesquisadora do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Audiência Pública. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VHVQqIX6Al8>. Acesso em 16.11.2015.

que se encontra, seria capaz de avaliar seu sofrimento e seu medo e tomar a decisão que lhe parece mais adequada;

c) permitir a interrupção da gestação nesse caso é um direito de cidadania;

d) o anencéfalo pode ser considerado um natimorto neurológico, diante da inviabilidade de alteração no diagnóstico e de formação da massa encefálica;

e) não seria possível a doação dos órgãos do feto anencéfalo;

f) não haveria atividade no córtex do feto anencéfalo, tal qual um morto cerebral, subsistindo vida visceral (vegetativa), com capacidade de fazer bater coração e respirar;

g) o impacto do diagnóstico de anencefalia nas mães é muito severo, chamada “experiência de tortura” a situação a que restam submetidas;

h) a decisão é de uma esfera de ética privada – no sentido de que a escolha cabe às mulheres, apesar de dever, no caso, ser protegida pela Corte;

i) a laicidade do Estado brasileiro se traduziria no reconhecimento de que a neutralidade é um instrumento de segurança para a vida pública e, no caso examinado, de proteção à saúde e à dignidade das mulheres;

j) a antecipação terapêutica do parto não seria um ato discriminatório por conta da deficiência, uma vez que há total ausência de expectativa de vida extrauterina – portanto, não há negação ao direito à vida do feto anencéfalo;

k) no que diz respeito à Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, esta tem como intenção eliminar barreiras que venham a impedir a plena participação dos portadores de deficiência na sociedade, de integrar esses indivíduos à sociedade, a afastar o preconceito, não serviria a garantir o nascimento de que não possui expectativa de vida;

l) mulheres que obtiveram autorização judicial à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos sentiram alívio pela decisão tomada, tanto por conta dos riscos à sua saúde física como pelas consequências psicológicas;

m) haveria a possibilidade de reconhecimento do óbito pautado pelo critério estabelecido na Lei n. 9.434/97³⁸⁷;

³⁸⁷ Lei que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

n) seria dever do Estado garantir assistência governamental em relação a cuidados protetivos à saúde da gestante, notadamente à saúde mental, que seria deveras afetada com a obrigação de levar a cabo uma gestação de um feto sem potencialidade de vida extrauterina – essa situação pode gerar na mulher quadro psiquiátrico grave.³⁸⁸

O Conselho Federal de Medicina questionou, em sua participação na audiência pública, a judicialização da medicina, em que o magistrado toma a decisão em lugar do paciente e do médico. Em casos de pais de fetos portadores de anencefalia, a decisão judicial normalmente não condiz com a vontade do casal, além de chegar tarde – por vezes, após o nascimento e o falecimento do bebê. Destacou o juramento hipocrático, de agir fazendo o bem, de não poder fazer o mal às pessoas.³⁸⁹

José Aristodemo Pinotti, do Democratas de São Paulo, deputado federal à época e com experiência em medicina ginecológica e obstétrica, asseverou que não haveria presunção de vida pós-parto ao feto anencefálico. Para ele, não haveria viés eugênico na medicina fetal, pois ela realiza procedimentos cirúrgicos até mesmo dentro do útero para tratar e proporcionar melhor condição de vida aos fetos. Como não haveria potencialidade de vida do embrião, o termo aborto não seria o correto em sua visão. Pinotti foi autor de projeto de lei exatamente nesse sentido junto ao Congresso Nacional com o intuito de garantir

³⁸⁸ Participaram da audiência pública a favor da possibilidade de antecipação terapêutica do parto: Jorge Andalafat Neto, professor titular de obstetrícia e ginecologia da Universidade de Santo Amaro, mestre e doutor em obstetrícia da Universidade Federal de São Paulo, membro da comissão nacional sobre aborto da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia; Everton Neves Petersen, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Salmo Rasquin, representante da Sociedade Brasileira de Genética Médica; Thomaz Rafael Gollop, ginecologista e obstetra, professor livre docente em genética médica da Universidade de São Paulo, professor de ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí, representante Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; Débora Diniz, Doutora em Antropologia, Pós-doutora em Bioética e professora da Universidade de Brasília, representante do Instituto de Bioética, Gênero e Direitos Humanos; Cláudia Werneck, jornalista, formada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz, representante da Escola de Gente; Lia Zanotta Machado, graduada em ciências sociais pela Universidade de São Paulo, mestre em sociologia e doutora em ciências humanas pela USP, representante e integrante do conselho diretor da Rede Feminista de Direitos Humanos e Direitos Sexuais e Reprodutivos; Jacqueline Pintanguy, socióloga e cientista política, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

³⁸⁹ O Conselho Federal de Medicina esteve representado pelo Dr. Roberto Luiz D'Ávila, médico cardiologista, coordenador da Câmara sobre Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos, Conselheiro do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina e do Conselho Federal de Medicina, Primeiro Vice-presidente do Conselho Federal de Medicina, professor adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina. A fala de D'Ávila está disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jpRNFzuBCHc>>. Acesso em 16.11.2015.

a dignidade da pessoa humana, com a possibilidade de a mulher realizar uma escolha informada acerca dos riscos à sua saúde com a manutenção da gravidez. Quando indagado pelo Ministro Marco Aurélio, informou que as pesquisas a que teve acesso indicaram que entre um milhão e um milhão e meio de abortos clandestinos são realizados anualmente no Brasil.³⁹⁰

O então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão, abordou o tratamento dado às gestantes no Sistema Único de Saúde e as condições da saúde pública na identificação da má-formação fetal incompatível com a vida. O Ministro assegurou que a saúde pública brasileira tem condições de reconhecer com segurança a disfunção em exames de pré-natal, com repetição obrigatória após o diagnóstico, além de existir assistência multidisciplinar à mulher que passa por essa situação, durante a gestação e após o parto, ou mesmo quando a decisão é pela antecipação (com decisão judicial que garantisse tal hipótese). A posição defendida por ele foi a favor da possibilidade de antecipação terapêutica do parto, entre outras razões, em função da “dolorosa experiência de manejo de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação a termo, mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto”³⁹¹.

A Secretária Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e Presidente do Conselho Nacional de Direitos da Mulher à época, Nilcéa Freire, defendeu que sua Secretaria desde 2004 já se posicionava pela possibilidade de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, com respeito à escolha da mulher.³⁹²

Em alegações finais, novamente a impetrante, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, alegou que a conduta em questão não constituiria aborto, dada a inviabilidade do feto e sua equivalência ao morto. Aludiu à saúde física e mental da mulher submetida a tais circunstâncias.³⁹³ A AGU, na figura do Advogado-Geral da União interino, Evandro Costa Gama, manifestou-se pelo

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Relatório, p. 23.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Fala do Ministro da Saúde, José Gomes Temporão. Relatório, p. 24.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Relatório, p. 28.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. p. 984 e ss.

acolhimento do pedido formulado na inicial.³⁹⁴ A Procuradora-Geral da República em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, opinou pelo acolhimento integral do pedido da impetrante, dada a certeza do diagnóstico prematuro e a incompatibilidade da anomalia com a vida extrauterina. Ademais, ressaltou que, quando da promulgação do Código Penal, em 1940, não se tinha conhecimento científico suficiente para englobar tal possibilidade entre as excludentes de ilicitude do tipo penal do aborto. Segundo ela, ainda, o Estado não poderia intervir nas relações privadas de modo a ofender o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva, colocando em risco a saúde da gestante. Não restaria violado o direito à vida por ausência de potencialidade de vida extrauterina para o feto anencéfalo, razão que dispensaria a autorização para intervenção médica quando a anomalia fosse identificada.³⁹⁵ Ao longo da instrução do processo, foram essas as manifestações.

Pode-se perceber, portanto, a existência de convergência nos casos, tanto em argumentos quanto no tema em si. Para o então advogado Luís Roberto Barroso, que atuou representando o polo ativo da Arguição, em nenhum dos casos ora em exame há violação do direito à vida ou à dignidade. O papel do Estado em ambos deveria ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, respeitando a valoração ética de cada um, sem imposição de condutas imperativas. O indivíduo, com consciência de si, toma sua decisão pautado em seus valores morais. Nesses dois casos o que se tem (ou se almeja) é a possibilidade de escolha, a faculdade de utilização ou doação de embriões congelados ao estudo científico e de antecipação terapêutica do parto de feto incompatível com a vida fora do útero materno. Esta última ação não configuraria aborto, que pressupõe a consequente morte do feto enquanto resultado direto da prática. Com a anencefalia, a morte é iminente, certa e inevitável, decorrente da má formação congênita. Faltaria à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal dos art. 124 e seguintes do Código Penal. Pelo fato de não ter atividade cerebral, o anencéfalo não chegaria a se tornar um ser vivo e o fato seria atípico. E em relação à utilização de embriões humanos remanescentes de processos

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. p. 1010 e ss.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. p. 1022 e ss.

de fertilização *in vitro* em pesquisas e terapias, entende que a pessoa humana surge com o nascimento com vida, antes disso sendo nascituro, não pessoa – mas é nascituro se seu nascimento for fato certo, se estiver no ventre da mãe, o que evidentemente não ocorre com os embriões congelados. Não sendo pessoa, nem mesmo nascituro, não se pode invocar ao embrião a dignidade humana.³⁹⁶

Vistos os argumentos de Barroso, que tomam em consideração perspectiva liberal em ambos os casos, recorrendo à autonomia privada e à consciência de cada indivíduo na tomada de sua decisão – e, logo, uma contrapartida de omissão estatal, em que o ente público não interfere na conduta, não impõe censura à conduta –, passa-se à análise dos argumentos utilizados pelos ministros em seus votos em ambos os julgamentos.

4.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510: a decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que questionou a constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/05 (Lei de Biossegurança), quanto à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e tratamentos médicos, teve início em 05 de março de 2008, quando ocorreu a primeira sessão, com o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ação. Votou pela improcedência, vale dizer, julgou constitucional a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, como prevê a Lei n. 11.105. Na mesma oportunidade, a presidente da Corte, Ministra Ellen Gracie, antecipou seu voto pela improcedência da ação e consequente possibilidade de utilização de células embrionárias em pesquisas e terapias. A conclusão do julgamento se deu em 29 de maio de 2008. Restaram vencidos parcialmente os Ministros Menezes Direito (voto vista, pela inconstitucionalidade da lei e impossibilidade de utilização das células embrionárias), Ricardo Lewandowski (acompanhou voto vista), Eros Grau

³⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *Panóptica*, ano 1, n. 7, mar.-abr. 2007. p. 8-9, p. 12-13 e p. 22-25.

(acompanhou o voto vista e acrescentou a necessidade de aprovação de pesquisas em comitês de ética quando as pesquisas fossem autorizadas), Cezar Peluso (votou pela constitucionalidade – improcedência – com interpretação conforme a Constituição; o Ministro Celso de Mello entendeu que, desse modo, seria um voto de provimento parcial à ação, discussão que será melhor analisada a seguir) e Gilmar Mendes (votou pela interpretação no sentido de condicionar as pesquisas à prévia aprovação do Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde). Carmen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello votaram pela improcedência, seguindo o voto do relator.

Passa-se à apreciação dos argumentos utilizados para se alcançar a decisão dada pela Corte brasileira.³⁹⁷ Inicialmente, é importante destacar que o artigo atacado pela ação apresenta quatro núcleos deontológicos, sendo eles: a) a autorização para utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica e terapêutica, através de embriões obtidos através de manipulação humana (fertilização *in vitro*); b) as condições cumulativas para tal possibilidade, quais sejam, o não aproveitamento para fins reprodutivos, a inviabilidade do embrião para reprodução humana, o congelamento há pelo menos três anos na data de publicação da lei ou, já estando congelados nessa data, que complete três anos de congelamento, e o consentimento do casal doador de material genético. Apenas se observados todos simultaneamente é possível a utilização das células-tronco daquele específico embrião; c) o encaminhamento dos projetos envolvendo tais células aos respectivos comitês de ética e pesquisa; d) a proibição de comercialização do material coletado, com equiparação do descumprimento ao crime do art. 15, caput, da Lei n. 9.434/97 (comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano). Com a análise dos votos, será possível perceber em que medida a Corte, em sua maneira, considerou cada um deles constitucional.

Antes, no entanto, cumpre destacar que a laicidade do Estado é um ponto essencial na tratativa de temas como o ora examinado. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, “a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda,

³⁹⁷ Optou-se, metodologicamente, pela análise conjunta dos argumentos, dado que se repetem ao longo dos votos, e não uma análise voto a voto.

assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial.”³⁹⁸

Celso de Mello destaca que a situação examinada na Ação Direta de Inconstitucionalidade não seria, nem poderia ser, uma disputa entre Estado e Igreja, entre fé e razão. A laicidade é postulado essencial ao Estado brasileiro desde 1890, é uma decisão política fundamental. A separação institucional entre poder secular e espiritual demarca os domínios próprios de atuação de cada um deles, sendo ao Estado proibido exercer suas atividades pautado em princípios teológicos ou em razões de ordem confessional. “O Direito não se submete à religião.” A posição de estrita neutralidade axiológica deve ser mantida pelo Estado brasileiro em matéria confessional, sendo indiferente ao conteúdo das ideias religiosas. Cabe ao Estado obstar que “grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado para impor aos demais cidadãos [...] a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas”. O STF, portanto, deve sustentar seu julgamento em razões eminentemente não-religiosas, em razões de cunho público e social.³⁹⁹

Dentre os argumentos pela improcedência do pedido, a adequação dos dispositivos legais à realização adequada de pesquisas no campo da medicina celular e regenerativa, cujo objetivo é o enfrentamento e busca pela cura de doenças e traumas que limitam e degradam a vida de um grande contingente de pessoas⁴⁰⁰, é um deles. O argumento não é, no entanto, infalível, tendo em vista que as pesquisas em questão não apresentavam certeza quanto à possibilidade de cura, mas sim uma potencialidade – ainda que tome em consideração as hipóteses científicas aventadas ao longo da audiência pública e que não exclua a possibilidade de utilização de células-tronco adultas (pelo que postulava o grupo de cientistas favorável à ação).⁴⁰¹ A alegação de que não haveria

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 2.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 4-11 e p. 16.

⁴⁰⁰ Dentre os dados apresentados pelo “MOVITAE” (Movimento em Prol da Vida), por exemplo, estima-se que entre 10 e 15 milhões de brasileiros são portadores de diabetes, doença cuja cura se busca através das pesquisas com células-tronco embrionárias.

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 8.

necessidade de pesquisa com células-tronco embrionárias não teria embasamento científico para a Ministra Cármen Lúcia.⁴⁰²

Ademais, o artigo atacado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 apresenta a permissão para o uso de células de origem embrionária em pesquisas científicas, o pesquisador teria a faculdade de optar ou não por esse tipo de material em sua pesquisa (desde que observados os critérios definidos pelo mesmo artigo em seus incisos e parágrafos). Dessa maneira, a lei respeita tanto a laicidade estatal quanto a liberdade, a autonomia privada e a própria liberdade de expressão da atividade intelectual e científica. Tanto os pesquisadores quanto os genitores, que devem dar sua autorização para que os embriões possam ser utilizados, têm a liberdade de escolha pessoal – e nesse espectro há abertura também à liberdade religiosa, de crença, na medida que essa escolha pessoal pode se dar por razões dessa natureza.⁴⁰³

Negar a possibilidade desse tipo de pesquisas seria negar a abertura da lei questionada a uma possível melhor performance das células embrionárias na recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, tanto em questões genéticas quanto por conta de acidentes. José Afonso da Silva, citado por Ayres Britto, leciona que “pessoas físicas ou naturais” seriam as “sobreviventes ao parto feminino”, dotadas de personalidade civil – esta é adquirida com a vida pós-parto. É a chamada perspectiva biográfica de que trata o autor, na medida em que ultrapassa o “sentido biológico de incessante auto-atividade funcional”, englobando o próprio indivíduo enquanto um membro da sociedade.⁴⁰⁴ O sujeito nascido vivo torna-se centro de imputação jurídica ou, em outros termos, sujeito de direitos, na visão do Ministro Ayres Britto. O nascimento com vida é essencial para tanto. A vida humana seria o fenômeno entre o nascimento com vida e a morte.⁴⁰⁵ Note-se, portanto, que se exclui o embrião e até mesmo o feto a partir desta definição de vida humana, uma vez que este ainda não teve ou nunca terá nascimento com vida.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 14.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 4-7.

⁴⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008). São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 197.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 10-11.

A Constituição não estabelece quando tem início a vida humana no entendimento da corrente majoritária do Supremo Tribunal Federal⁴⁰⁶ e, quando se refere à dignidade da pessoa humana, o faz em um sentido notarial (pessoa cuja identidade e existência foi reconhecida), biográfico. Os direitos garantidos aos indivíduos são garantidos a “alguém”, pessoa dotada de nacionalidade brasileira ou estrangeira, sempre um ser humano já nascido, a pessoa residente no país. Não há referência à proteção de “pessoa” residente em útero materno ou em tubos de ensaio (caso dos embriões congelados). Ademais, trata da proteção dos brasileiros “natos” (vale destacar, nascidos) ou “naturalizados”. O embrião não teria nacionalidade, de forma que tampouco teria a proteção voltada às pessoas humanas de que trata a Constituição, mesmo porque ainda não seria pessoa. Na ótica dos ministros Ayres Britto e Celso de Mello, ao longo dos trabalhos da Constituinte de 1987, aventou-se a proposta de inclusão da noção de que a vida tem início com a concepção, mas ao final restou vencida esta corrente, predominando a ideia de que o melhor seria não tratar do momento do início, mas sim de simplesmente proteger a vida.⁴⁰⁷

Assentar que haveria igual proteção da vida de forma geral, incluindo-se aí a vida uterina em qualquer fase, é controvertido⁴⁰⁸, mesmo porque a legislação

⁴⁰⁶ Os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Marco Aurélio Mello, Ellen Gracie e Celso de Mello compreendem, como demonstrado em seus votos, que nem mesmo a ciência estaria apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida humana se inicia, o que acaba em um balizamento de ordem subjetiva. O Ministro Carlos Ayres Britto ensaia afirmar que a fecundação daria origem a um substrato humano e vivo, mas que este só chegaria a ser uma pessoa a partir do que ele denomina “metamorfose da espécie humana”. Há uma ampla discussão de caráter não apenas científico, mas também filosófico no que diz respeito ao ponto de partida da vida humana, não cabendo, neste momento, adentrar a fundo no tema, mas apenas pontuar as diferentes concepções levantadas pelos ministros. O Ministro Celso de Mello chegou a afirmar que não questiona a inviolabilidade e a sacralidade do direito à vida, além de apresentar em seu voto diversas correntes religiosas, filosóficas e científicas acerca do momento inicial da vida humana, sem consensos entre elas. A concepção a ser adotada pelo intérprete deve ser a que mais se ajuste ao interesse público, às exigências sociais e que promova o bem estar da coletividade, sem, no entanto, razões de caráter confessional na tomada de decisão.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 11-14 e p.19; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 34.

⁴⁰⁸ Conforme demonstram os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia, no que diz respeito ao direito internacional, a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma que todos os homens nascem livres, vale dizer, estabelece um critério de nascimento para afirmação à liberdade e igualdade em dignidade e direitos. A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a inviolabilidade do direito à vida, direito este que deve ser protegido “em geral, desde o momento da concepção”. A Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana e o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, por outro lado, não fazem a mesma menção. Por essa razão, ao examinar o caso “Baby Boy” (Resolução No. 23/81, Caso 2141, Estados Unidos da América, 6 de março de 1981), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos advertiu que o termo “em geral” no Pacto

prevê hipóteses de interrupção da gestação que não são tidas como crime. Não haveria, dessa forma, a mesma consideração sobre a vida, ainda mais no que diz respeito a um embrião fecundado *in vitro*.⁴⁰⁹ A proteção à vida é também flexibilizada em casos de legítima defesa e estado de necessidade, com a exclusão da ilicitude, conforme art. 23, I e II, do Código Penal.

Não se poderia opor a garantia de dignidade da pessoa humana ou de inviolabilidade da vida ao embrião congelado não acolhido em seu ninho natural de desenvolvimento, pois este não se classifica como pessoa – categoria atribuída ao nascido com vida. Tampouco poderia ser enquadrado como nascituro, pois este supõe a possibilidade e probabilidade de vir a nascer (o que não se verifica com o embrião extranumerário⁴¹⁰, remanescente de procedimento de fertilização).⁴¹¹ Inclusive, sob a ótica da Ministra Ellen Gracie, estaria completamente afastada a alegação de violação ao direito à vida em razão da “improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos”.⁴¹²

Ainda que fosse possível pensar em hipótese de violação de direito à vida no caso do embrião congelado, este direito não poderia ser interpretado a partir da ideia de direito absoluto, mas sim aplicado com a observação de sua ponderação em relação a outros direitos que igualmente se põem para a perfeita

de San José da Costa Rica tem implicações diversas do que teria se constasse simplesmente com a expressão “desde o momento da concepção”.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 9.

⁴¹⁰ A Ministra Ellen Gracie entendeu que a discussão sobre as células-tronco embrionárias deveria ser precedida de uma discussão acerca do fato de a fertilização artificial gerar, via de regra, uma quantidade sobressalente de embriões fecundados (muitos deles inviáveis) que não são inseridos no útero materno – e se seria esse o custo necessário à fecundação *in vitro*, à superação da infertilidade. Outro dilema ético relacionado ao tema foi levantado pelo Ministro Joaquim Barbosa: caso houvesse proibição das pesquisas com células embrionárias no país, poderia futuramente o Brasil admitir tratamentos derivados de pesquisas feitas em outros países? A questão não foi respondida e a tese aceita, ao fim, foi a de permissão às pesquisas, mas é relevante a indagação do Ministro Joaquim Barbosa, de todo modo.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Ellen Gracie (apartes), p. 2-3.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Ellen Gracie, p. 6; Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 18.

sincronia e dinâmica do sistema constitucional.⁴¹³ O direito à vida não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.⁴¹⁴

Toda pessoa humana é digna, é algo ínsito à própria condição humana, além de ser fundamento do Estado brasileiro. “A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo para realizar as suas vocações e necessidades.” A espécie humana é tomada em sua integralidade pela Constituição, inclusive considerando-se as gerações futuras, “porque a condição digna de ser membro desta espécie toca todos e cada qual dos que a compõem.”⁴¹⁵ A dignidade é fator estruturante do ordenamento estatal, um “verdadeiro valor-fonte” da ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema constitucional.⁴¹⁶

A dignidade é de tal relevância que permite transbordamento, irradiação, para alcançar a proteção de tudo que, em um processo, desague em um indivíduo – justamente a noção que permite que o Código Civil proteja o nascituro. Esta é uma categoria de alcunha jurídica, não versada pelas ciências médicas e biológicas, cuja definição é a de um ser já concebido, ainda não nascido. No entanto, proteger o nascituro não é, nem mesmo poderia ser, o mesmo que proteger a pessoa humana. Embrião, feto e pessoa humana seriam três fases de uma metamorfose, com a pessoa humana figurando em seu ápice, o produto final. O que se protege é o embrião de tentativas “frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”, uma vez se tratar de uma potencialidade para a vida humana.⁴¹⁷

Seria essa a razão da criminalização do aborto, uma vez que o feto que vive dentro do útero é protegido – mas aí residiria, segundo a Corte, a grande diferença em se proteger um embrião que se desenvolve dentro do corpo da gestante e em se proteger um embrião externo ao útero, congelado em um

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 16; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 32-33.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 2.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 26-35.

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 4.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 18.

laboratório. Não seria possível estender as garantias constitucionais como se pessoa humana fosse. Ao mesmo tempo, também não se pode dizer que o ordenamento entenda inviolável a vida intrauterina em todos os seus aspectos. Se assim o fosse, não haveria exceções ao tipo do art. 128 do Código Penal, quais sejam, os incisos I e II, que estabelecem a possibilidade tanto de aborto terapêutico (quando a gestante tem sua vida em risco) como do aborto compassivo (em caso de estupro). Portanto, não significa que o direito brasileiro entenda que “em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação”.⁴¹⁸ O ordenamento jurídico pátrio tampouco dá à vida caráter absoluto após o nascimento, uma vez que, como se disse, traz a exclusão da ilicitude nos casos de legítima defesa e estado de necessidade, constantes do art. 23, I e II, do Código Penal. Desse modo, a mulher cuja saúde estivesse comprometida em razão da gravidez estaria plenamente amparada pelo art. 23, I, deste Código para interromper a gestação em legítima defesa. Similar raciocínio poderia ser realizado em relação ao estado de necessidade, quando a gestação significasse tamanhos obstáculos e adversidades em sua vida, estaria protegida pelo art. 23, II, da lei penal, sendo possível a interrupção pelo estado de necessidade.

O Ministro Relator sugere peculiar comparação quanto à transformação do embrião em pessoa humana. Diz ele: “Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido.” Entende Ayres Britto, portanto, que há dois estágios da vida humana, intra e extrauterinos. A gama de proteção a cada um deles é distinta, e assim deve ser, pois a Constituição defende a pessoa – não algo que virá a ser pessoa.⁴¹⁹

A noção de que haveria uma possível proteção progressiva de direitos, correspondente a cada etapa do desenvolvimento biológico, é expressa na obra

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 18.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 22-23; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 29.

de Dworkin, notadamente em *Domínio da Vida*⁴²⁰. É a mesma noção trazida por Ayres Britto e Joaquim Barbosa, de que a proteção “vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana vai-se adensando a carga que investimento nela”.⁴²¹ As diferentes fases do ciclo vital recebem regimes diferenciados do ordenamento jurídico, desde a concepção, a gestação, o nascimento, o desenvolvimento, até a morte do ser humano.⁴²²

A ausência de conceituação das categorias médicas na lei não impede a exegese do texto, mesmo porque ela se destina à área médica, que tem ampla noção acerca dos significados. A lei autoriza a utilização de células-tronco de embriões fecundados externamente ao corpo feminino, em laboratórios e clínicas de fertilização.⁴²³ Ocorre a fertilização, não a gravidez. Há concepção, mas não há nascituro. Ayres Britto entende que a mulher não pode ficar “mais ou menos grávida”, ou mesmo grávida à distância (com o embrião congelado). Não incidiria, dessa maneira, norma penal relacionada ao aborto, visto que não

⁴²⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução de Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 15-16 e p. 20-21.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 2.

⁴²³ Os Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Ellen Gracie trouxeram ao julgamento as legislações de outros países acerca da possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias. Dentre as leis citadas, o *Humans Fertilisation and Embriology Act*, do Reino Unido, autoriza a utilização de células-tronco embrionárias, desde que não transcorridos 14 dias contados do momento da fecundação (seria, segundo uma corrente de pesquisadores, a fase pré-embrionária), assim como a Bélgica (desde que se tenha fins terapêuticos e com imposição de diversas condições para autorização). A França autorizou a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisa, com a confirmação pelo Conselho Constitucional de que as leis nesse sentido seriam compatíveis com a Constituição do país. A Espanha seguiu no mesmo sentido, exigindo, como no Brasil, o consentimento dos genitores. A Suíça regulamentou o tema, proibindo a produção de embriões para fins científicos. A África do Sul é o único país africano com legislação sobre o tema e permite todas as pesquisas com embriões, até mesmo a clonagem terapêutica de embriões humanos, assim como ocorre na China, em Cingapura (que se autoproclamou como centro internacional para pesquisas dessa natureza, com incentivos robustos para a pesquisa em células-tronco), na Coreia do Sul, em Israel, no Japão e na Rússia. A Alemanha permite pesquisas com linhagens de células-tronco e proíbe a destruição dos embriões. Os Estados Unidos proíbem verbas de natureza federal para pesquisas envolvendo embriões humanos, mas estados como a Califórnia autorizam e patrocinam essas pesquisas, inclusive a clonagem terapêutica. A Índia não permite clonagem, mas permite pesquisas embrionárias. O México, além de permitir pesquisas, permite que embriões sejam criados para esse fim. A Itália destoa dos demais ao não permitir pesquisas com embriões.

há gestação a ser encerrada – é o que pensam o relator e o Ministro Celso de Mello.⁴²⁴

Nesse sentido, portanto, não se trataria de interromper o ciclo do embrião, pois este seria insuscetível de progressão reprodutiva porquanto fadado ao congelamento em laboratório. O Ministro Ayres Britto utiliza-se da expressão popular “uma andorinha só não faz verão” no sentido de explicar que, sem a intervenção fundamental do útero materno, o embrião fecundado externamente ao corpo da mulher e cultivado também em local externo não tem condições de passar pela metamorfose característica da espécie humana para atingir a condição de pessoa, mas que pode, por sua vez, diferenciar-se em todos os tecidos e células. Dessa forma, seu sentido seria instrumental, de acordo com o que propõe o atacado art. 5º da Lei n. 11.105. A Lei de Biossegurança não autoriza a retirada de um embrião interno ao corpo da mulher, mas tão somente a utilização de embriões remanescentes de processos reprodutivos e que se mostrem inviáveis para a formação de um ser sadio, desde que com a autorização dos doadores do material genético. As células de tal embrião poderiam ser extraídas para obtenção de quaisquer outras células a partir de procedimentos científicos.⁴²⁵

A lei impõe, como já mencionado, uma série de restrições à utilização dos embriões sobressalentes. Não apenas deve ser inviável (no sentido de potencialidade de dar origem a uma vida humana, ou a uma vida humana sadia), como também deve estar congelado por um período de três anos (três anos completos da data de promulgação da lei ou, já congelados nesta data, que completem três anos submersos em nitrogênio líquido). Haveria a necessidade de autorização expressa dos donos do material genético utilizado e, para a possibilidade de pesquisa, autorização dos Comitês de Ética responsáveis. Ainda, a Lei proíbe a comercialização do embrião humano, tornando crime a conduta.⁴²⁶ Essa hipótese está em acordo com a ética constitucional vigente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois dele “decorre

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 25-26; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 17.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 26-29.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Ellen Gracie, p. 5-6.

a impossibilidade de utilização da espécie humana – em qualquer caso e meio – para fins comerciais, eugênicos ou experimentais.”⁴²⁷ Vale dizer, a legislação preocupou-se com diversos aspectos da utilização, não sendo uma ampla permissão de utilização de embriões para a ciência, e tendo necessariamente como ponto de partida a utilização da fertilização *in vitro*, pois é a forma de obtenção de tais embriões.

A Constituição, segundo a visão do Ministro Relator, autoriza procedimentos de fertilização artificiais para a procriação na medida em que trata de filhos e de planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, além de ser fruto da livre decisão do casal a respeito do tamanho da família. Também haveria uma faceta da dignidade humana relacionada ao planejamento familiar no sentido de liberdade, de autonomia da vontade. A projeção da prole em número compatível com as condições econômicas, psicológicas, educacionais de cada família é fundamental. Sendo lícita a procriação por fertilização *in vitro*, não seria correto obrigar o casal a aproveitar todos os embriões fecundados com tentativas de implantação de cada um deles no útero da mulher, uma vez que essa hipótese não é prevista em lei e porque não coaduna com a instituição do planejamento familiar, além de colocar a mulher em risco caso passasse pela nidação de um grande número de embriões simultaneamente. Se fosse obrigatória a implantação de todos os embriões fecundados, o tratamento seria extremamente degradante com o gênero feminino, “corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros”, entendeu Ayres Britto, “na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que ‘o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher’ (Charles Fourier)”.⁴²⁸ Seria transformar a mulher em uma verdadeira incubadora, contrariando em absoluto o planejamento familiar previsto na Constituição.⁴²⁹

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 8.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 30-36.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 10.

O Ministro Ayres Britto entende que o relacionamento de proximidade e afetividade firmado entre os “pais” ou “doadores de material genético” não é o mesmo em caso de fertilização extrauterina se comparado a uma fertilização convencional, outra razão pela qual não se poderia fazer análise comparada de direitos que cada um deles possuiria.⁴³⁰ Os doadores de material genético, nessa visão, não estariam tão próximos do produto da fertilização, não se sentiriam plenamente “pais” do embrião fecundado.

Em paralelo à Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante ou terapia, o embrião remanescente carece de todas as possibilidades de formar terminações nervosas, precursoras do cérebro humano, então não teria ele “vida cerebral”, ele é algo que jamais será alguém. Esta é a visão do Ministro Celso de Mello, que prossegue interpretando que a morte encefálica determina o fim da vida humana e um ente que não tem condições de formar cérebro não teria vida encefálica – estando aí definido o limite temporal para utilização dos embriões, qual seja, quando ainda não se tenha iniciado a formação do sistema nervoso central.⁴³¹ “Vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.” Para Ayres Britto, o embrião de que trata o art. 5º da Lei de Biossegurança não seria vida humana propriamente dita, mas uma vida vegetativa, pulsante, que se antecipa ao cérebro e que não chegaria a se desenvolver plenamente. A escolha da lei serviria a evitar o desperdício de potencial presente nesse organismo a fim de superar traumas e doenças alheios. Em um “constitucionalismo fraternal”, essa seria a melhor opção ao se considerar o grande número de moléstias que atingem a população e que teriam chance de cura a partir de pesquisas com as células dos embriões congelados.⁴³²

No que diz respeito ao direito à saúde, a Constituição previu que lei ordinária disporia acerca da doação de órgãos e tecidos, bem como de sangue. Previu ser este um direito de todos e dever do Estado (*caput* do art. 196 da CF),

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 36-42.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 27-28.

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 45-49.

mediante ações e serviços qualificados como de relevância pública (art. 197 da CF). Desse modo, a própria ciência seria protegida como um direito fundamental da pessoa humana, na medida em que tem a possibilidade de promover a saúde dos indivíduos. É a ciência, ainda, uma das facetas da liberdade de expressão (art. 5º, IX da CF), além de ser protegida pelo art. 218, *caput*, do texto constitucional, que determina a promoção e o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológica por parte do Estado brasileiro. O parágrafo primeiro do mencionado artigo determina que a pesquisa científica básica receba tratamento prioritário do Estado em função do bem público e progresso científico que ela garante. Assim, vê-se que a Constituição propõe compromisso para com a ciência.⁴³³

A possibilidade de utilização dos embriões extranumerários em pesquisas científicas seria, por fim, não uma consequência do desprezo ou desrespeito, mas sim o apreço e reverência às pessoas que sofrem por conta de infortúnios naturais ou acidentais, que buscam curas aos males que lhes afligem. Ayres Britto entende que ao embrião seria, ao mesmo tempo, possibilitado que cumprisse sua destinação de servir à espécie humana. Tal possibilidade estaria de acordo com a ética humanista e com a justiça material, nas palavras do ministro.⁴³⁴ Ellen Gracie entende ainda que o “aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos”.⁴³⁵ A visão dos ministros nesse ponto pode ser entendida como instrumental quanto ao destino dos embriões extranumerários, dando-lhes um destino mais útil que o congelamento ou o descarte enquanto lixo biológico.

Há um fator de liberdade no direito à vida, para que o ser humano dela disponha, que se relaciona à dignidade, no entendimento da Ministra Cármen Lúcia. Pode-se perceber que, se há um conteúdo de liberdade no direito à vida relacionado à dignidade, então a interrupção voluntária da gravidez, independentemente de fatores como a anencefalia do feto ou de riscos à saúde

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 49-53.

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator), p. 53-54.

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Ellen Gracie, p. 6.

da mãe. O fato de uma mulher não querer prosseguir com a gestação e ser compelida a fazê-lo é, segundo esse entendimento, atentatório à sua liberdade e dignidade. Não seria possível tratar de dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que nem mesmo seria transformada em vida no caso examinado, “sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver.” A esperança e a possibilidade de lutar para viver compõem “a dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna para a espécie humana”. A existência digna diria respeito ao art. 225 da Constituição, que trata da solidariedade entre as gerações, garantindo a dignidade de viver e possibilitando a condição de preservar para quem vier depois.⁴³⁶ A solidariedade tem o sentido de devolver às pessoas que sofrem de enfermidades e às vítimas de acidentes uma “vida útil razoavelmente satisfatória”, o que pode vir a ser obtido por meio das mencionadas pesquisas. Sem a esperança a existência humana seria inócua.⁴³⁷

A opção feita pelo Congresso Nacional ao editar a Lei n. 11.105/05 nos moldes como o fez, notadamente no que diz respeito ao art. 5º, ponderou as várias faces do direito à vida e optou por aquela que alia a proteção da vida em sentido amplo e coletivo.⁴³⁸

O destino indigno ao embrião é o seu descarte, que se traduz em “lixo de substância humana”. “O seu aproveitamento, guardado o respeito às condições afirmadas na legislação enfocada, permite a dignificação da célula-tronco embrionária, que não será então descartada, antes, será transformada em matéria dada à vida.”⁴³⁹ Os embriões congelados, notadamente os inviáveis, “jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento”.⁴⁴⁰ Enviar ao lixo materiais que poderiam servir a

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 17-20.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 11-15.

⁴³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 3.

⁴³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 37.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 8.

melhorar a vida e o futuro de tantos seria, para Marco Aurélio de Mello, sinal de preconceito e egoísmo.⁴⁴¹

Pela procedência parcial do pedido, entendendo que as pesquisas com células embrionárias podem ser realizadas com restrições, os argumentos utilizados nos votos dos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito⁴⁴², Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso⁴⁴³ e Gilmar Mendes merecem ser apreciados.

Menezes Direito, ao proferir seu voto-vista, tratou da religião, entendendo que esta pertence à intimidade do homem, mas que tentar estabelecer a ideologização da ciência ou “enxergar obscurantismo nos que creem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade”. A interpretação da questão levantada pela ação deveria se dar no plano da interpretação constitucional do alcance da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.⁴⁴⁴ Já o Ministro Eros Grau entendeu que o debate opunha não ciência à religião, mas sim religião à religião, pois a ciência, por vezes, traria aos seus “seguidores” mais certezas no que a própria fé. A compreensão do caso escaparia à própria ciência.⁴⁴⁵

No pensamento de Menezes Direito e Cezar Peluso, não cabe ao juiz determinar qual dos tipos de células-tronco, adultas ou embrionárias, é o mais promissor para as pesquisas e terapias, ou mesmo fazer qualquer tipo de

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 11.

⁴⁴² O Ministro Menezes Direito abordou em seu voto uma série de pesquisas científicas, com dados estatísticos e métodos utilizados pelos pesquisadores. Para efeitos da presente pesquisa, os argumentos jurídicos do ministro serão mais analisados, tendo em vista seu conteúdo.

⁴⁴³ O Ministro Cezar Peluso, na verdade, votou pela improcedência para que fosse dada interpretação conforme a Constituição, o que, segundo o Ministro Celso de Mello, pela técnica do STF, seria considerado como declaração de inconstitucionalidade parcial. Cezar Peluso insistiu que não teria feito qualquer restrição à constitucionalidade da lei ou às pesquisas. Celso de Mello entendeu que, ao admitir a imposição de restrições às pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, Peluso teria interposto objeção e, assim, aceito parte da impugnação. Houve debate entre os dois nesse sentido, e os demais ministros também se manifestaram por uma ou outra interpretação, até que o Ministro Gilmar Mendes (presidente) encerrou a discussão, entendendo que a Corte tem decisões em ambos os sentidos e que importaria mais que seis votos foram pela improcedência sem quaisquer impugnações. O debate pode ser acessado em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. p. 507-525.

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 18.

⁴⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Eros Grau, p. 2-3.

avaliação sobre a qualidade delas. Tais questões estão restritas ao âmbito científico. O que deve ser analisado é a forma de obtenção das células-tronco embrionárias e se a destruição do embrião pode ser admitida a partir da leitura da Constituição.⁴⁴⁶

O Decreto n. 5.591/05, que regulamenta a Lei n. 11.105/05, menciona alterações genéticas ou morfológicas como qualificações da inviabilidade do embrião, o que abre campo para a eugenia, da criação de uma raça pura, algo que não é aceitável. A ciência, por essa razão, não deve ter liberdade absoluta.⁴⁴⁷ Haveria grande perigo representado pela possibilidade de se ter um “controle de qualidade” dos embriões, algo incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a dignidade humana impede a discriminação.⁴⁴⁸

Ricardo Lewandowski entende que deveria haver, no caso, a prevalência de valores éticos sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica. A esperança e a preocupação devem andar juntas, sob a regência de valores éticos, que não se confundem com a fé.⁴⁴⁹ Por conseguinte, seria necessário estabelecer limites éticos e jurídicos à atuação da ciência, para escapar à “coisificação” do ser humano, nas palavras de Lewandowski. Entende o ministro que o princípio da precaução deveria ser levado em conta em um caso como esse, definido nos art. 196 e 225 da Constituição, no sentido de perceber que a ausência de certeza absoluta na ciência não deve ser utilizada como razão para o adiamento de medidas viáveis para prevenir danos ao meio ambiente ou à saúde humana. Dever-se-ia buscar alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a “não-ação”.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 30; Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 4.

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 26 e p. 43-44.

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 60.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 45-48.

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 13 e p. 32-33.

Para sanar a questão acerca de quando tem início a vida humana ou de quando ela deve ser protegida, o que se faz é adotar uma convenção⁴⁵¹. É o que, segundo Menezes Direito, fez Ayres Britto: utilizou-se da noção de metamorfose da espécie humana, que passa por diversas etapas até atingir a condição de pessoa. Na visão de Menezes Direito, no entanto, qualquer convenção não passaria de uma escolha arbitrária.⁴⁵²

Menezes Direito optou por adotar posição clara acerca do início da vida. Para ele, potencialidade não se confunde com possibilidade, o que significa que o embrião fecundado tem potência, é fonte de mudança em si mesmo para se tornar uma pessoa, não tem mera possibilidade de vir a se tornar uma pessoa. Não havendo interferência que impeça o embrião de seguir seu curso, ele virá a se tornar um ser humano completo. O ministro entende que, quando há fecundação, o ser ali formado já é um ser humano; se houver interrupção nesse processo, no desenvolvimento, aí sim não será um ser humano.⁴⁵³ Lewandowski entende que, juridicamente, haveria fortes razões para se considerar que a vida teria início com a concepção. Ele menciona o Pacto de San José da Costa Rica, que teria caráter supralegal⁴⁵⁴, hierarquicamente acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Ademais, o Código Civil faz referência à proteção do nascituro, garantindo proteção do Estado antes mesmo do nascimento. O direito à vida seria um bem coletivo, pertencente à toda a sociedade ou até à humanidade como um todo, um valor transindividual, comum a todos. A dignidade humana, enquanto baliza axiológica e núcleo essencial da Constituição, igualmente teria esse caráter coletivo. Seria assim um postulado normativo, uma metanorma, “que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida”.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ Uma convenção nesse sentido citada por Menezes Direito é o caso *Roe v. Wade*, em que o Justice Harry Blackmun utilizou-se desse artifício para estabelecer em que momento passaria a existir um direito do feto à vida, inviolável mesmo em contraste com o direito da mãe.

⁴⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 36-37.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 48-51.

⁴⁵⁴ A hierarquia dada aos tratados internacionais de direitos humanos foi substanciada em voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343-São Paulo e também em voto do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus 87.585-Tocantins.

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 26-31 e p. 35-41.

Eros Grau também aborda a proteção dada ao nascituro, que não apenas é resguardado pela ordem jurídica, mas tem sua dignidade preexistente ao nascimento, além de ser titular de direitos adquiridos (pode receber doações, figurar em disposições testamentárias, ser adotado). O nascituro, portanto, é pessoa, faz parte do gênero humano.⁴⁵⁶ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há especificamente um sujeito de direitos fundamentais, não é possível negar que na fase pré-natal há um elemento vital digno de proteção”. A questão seria saber de que forma o Estado deve atuar na proteção desse organismo, devendo orientar-se pelo princípio da responsabilidade, com proporcionalidade à amplitude do poder do homem e de sua técnica.⁴⁵⁷

Ainda no mesmo sentido, o voto de Cezar Peluso reafirmou entendimento de que o embrião já é, desde o início, dotado de humanidade, de forma que não seria lícito reservar-lhe tratamento menos respeitoso no campo jurídico.⁴⁵⁸

Peluso, no entanto, compreende que ao embrião formado em laboratório faltam algumas características observadas no embrião fecundado internamente ao útero, como a potencialidade de se desenvolver de maneira autônoma. É um desenvolvimento interrompido. “Os embriões humanos ditos excedentários não são, enquanto tais, sujeitos ao direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito”. Careceria, este embrião, de um impulso que só pode ser dado pelo útero feminino para a continuação da vida. Por essa razão, os genitores teriam, para o ministro, “indiscutível disponibilidade jurídica” sobre o embrião, dada a autonomia jurídica da vontade. Afirmou, ainda, que algumas técnicas contraceptivas, tais como Dispositivo luterino e pílula do dia seguinte, provocam a interrupção do fluxo contínuo do ciclo vital, mas que não seria esse o objeto da ação.⁴⁵⁹

Eros Grau, por sua vez, crê que o embrião tem igual proteção à pessoa quando inserido no útero materno, pois “o útero é a morada da vida”. Apenas

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Eros Grau, p. 5-6.

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 7-9.

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 13.

⁴⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 26 e p. 30-39.

nessa morada é possível que o embrião se desenvolva, é nela que surge efetivamente a vida e fora dela não há vida humana. Há fecundação, mas não haveria o desencadeamento do processo vital.⁴⁶⁰

No que diz respeito à relação feita entre morte cerebral e vida cerebral, esta não seria a ideal. A morte seria processo irreversível e de causa reconhecida (assim definida pela Lei que tutela a doação de órgãos e tecidos), evidenciada através do coma, com ausência de atividade motora supraespinal e apneia. Ao embrião não foi dada a oportunidade de desenvolvimento, pelo que não atingiu estágio de desenvolvimento de seu sistema nervoso. Ademais, considerar a morte encefálica como critério de fim da vida é uma convenção, uma vez que o indivíduo nessa situação não está biologicamente morto.⁴⁶¹

Os embriões têm origem na tentativa de reprodução humana, de fertilização – são produzidos para a vida, para a reprodução humana. O congelamento pode ser revertido, mas a destruição do embrião⁴⁶² para fins de pesquisa é irreversível e retira do embrião a qualidade de “vir a ser”. Para Menezes Direito, o embrião é, desde seu início, um representante da espécie humana, com toda a carga genética. Ainda que fosse possível a mencionada comparação anterior entre morte e vida cerebral, a morte do sujeito não lhe retiraria a dignidade, porquanto o embrião, que ainda não desenvolveu completamente sua capacidade racional, tampouco mereceria proteção diminuída. Não seria correto afirmar que a vida sem personalidade não é vida humana.⁴⁶³

O direito à vida estaria presente no direito de permanecer vivo. Só permanece vivo quem o é e, sendo vida e vida humana, o embrião teria esse direito. No Pacto de San José da Costa Rica se teria exatamente esta noção, na medida em que é expressa a proteção do embrião, em geral, desde a concepção. O congelamento não acaba com a vida. Assim, se o método utilizado para coletar células-tronco do embrião acarretar sua destruição, então violaria o direito à vida.

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Eros Grau, p. 7-8.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 2-3.

⁴⁶² “Para a obtenção das células-tronco embrionárias, cultivadas *in vitro*, destrói-se a capa externa do blastocisto, que formaria a placenta, caso fosse implantado no útero, cultivando-se a sua massa celular interior.” (Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 5).

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 52-60.

Argumentos utilitaristas que incentivam o uso das células-embrionárias em pesquisas para evitar o descarte não guardariam sentido e não mereceriam considerações. Por outro lado, métodos científicos que permitam a utilização de células sem que o embrião seja destruído seriam válidas, pois não violam o direito à vida. Isso porque o critério de inviabilidade não é absoluto. Ainda que seja baixa a probabilidade de desenvolvimento de alguns desses embriões, isso não justificaria o sacrifício dos demais (os que teriam a possibilidade de se desenvolver). Caso o embrião tenha parado de se desenvolver, o que ocorre quando o processo de clivagem é naturalmente interrompido, então não haveria violação ao direito à vida e seria possível mesmo a destruição do embrião e coleta das células, pois este não tem mais potencialidade de se tornar uma pessoa – seria como retirar órgãos de alguém já morto.⁴⁶⁴

Para o Ministro Cezar Peluso, não haveria correlação entre a permissão à utilização de células-tronco embrionárias e da prática abortiva, uma vez que, para esta, é indispensável a existência de vida intrauterina. A gestação é uma condição fundamental do tipo penal constante do art. 124 e seguintes do Código Penal.⁴⁶⁵

O art. 5º da lei atacada no caso não vedaria a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa, além de não impor limite numérico à produção ou restrições temporais à manipulação dos mesmos. Mesmo entre os que defendem as pesquisas há o consenso de limitação temporal. Assim, o dispositivo carece de mais restrições quanto ao uso de embriões.⁴⁶⁶ Gilmar Mendes destacou ainda a necessidade de uma cláusula de subsidiariedade, comum na regulação do tema no direito comparado, “no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins”.⁴⁶⁷

Ainda no que diz respeito ao destino de embriões excedentários, o Ministro Ricardo Lewandowski defendeu em seu voto que quem motivou a

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 62-74; Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 57-68.

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 8.

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 48-57.

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 27.

produção de embriões “há de arcar com o ônus não só moral e jurídico, mas também econômico, quando for o caso, de preservá-los, até que se revelem inviáveis para a implantação *in anima nobile*”.⁴⁶⁸

Menezes Direito entendeu, ao fim, haver inconstitucionalidade parcial no art. 5º, sem redução de texto, para que se entendesse que as células-tronco deveriam ser obtidas sem a destruição do embrião; que a fertilização *in vitro* seria modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, proibida a seleção de sexo ou características genéticas, devendo ser realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência (todos deveriam ser transferidos), vedado o descarte em qualquer hipótese; no inciso I, que fosse entendida a inviabilidade como impossibilidade de subsistir por si mesmo; no inciso II, que a retirada das células-tronco dos embriões não acarrete sua destruição; no parágrafo 1º, que o consentimento dos genitores deve ser informado, prévio e expresso; no parágrafo 2º, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias devam estar submetidas, assim como seus projetos, à aprovação do Ministério da Saúde.⁴⁶⁹ Em todos esses itens, o voto do Ministro Lewandowski acompanhou o voto-vista, bem como o fez o voto do Ministro Eros Grau, acrescentando ainda a necessidade de aprovação aos comitês de ética, com necessidade de prévia autorização destes para o início das pesquisas.⁴⁷⁰ Gilmar Mendes votou pela interpretação do art. 5º no sentido de condicionar as pesquisas à prévia aprovação do Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde, o que atenderia ao princípio da responsabilidade e proporcionalidade.⁴⁷¹

O Ministro Cezar Peluso votou pela improcedência, pela interpretação conforme a Constituição. Ele recomendou que os protocolos de pesquisa fossem revisados pelos comitês de ética, que deveriam acompanhar o desenvolvimento dos projetos, receber denúncias quanto a irregularidades, e que o Congresso

⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 66.

⁴⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 84-86.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 74-75; Voto do Ministro Eros Grau, p. 12.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 35.

Nacional transformasse em tipos penais autônomos as condutas que extrapolassem ao que é permitido pela lei.⁴⁷²

Assim, a decisão final, considerados todos os votos acima examinados, foi pela improcedência da ação, pelo que votaram os Ministros Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello, vencidos em alguma extensão Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

4.3. Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF: a decisão do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ocorreu em 2012, quatro anos após a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 e com algumas mudanças na composição da Corte de um julgamento a outro. Os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber substituíram, respectivamente, Menezes Direito (em razão do falecimento do ministro), Eros Grau e Ellen Gracie (em razão da aposentadoria dos dois ministros). Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia Antunes Rocha participaram de ambos os julgamentos.

Houve, no início da análise da Arguição pelo Supremo Tribunal Federal, uma discussão acerca da admissibilidade deste remédio para a questão aventada, qual seja, a interpretação conforme a Constituição de dispositivo legal anterior à Carta de 1988. Entendeu-se, por maioria de votos, que seria possível. Cumpre esclarecer que o art. 102, I, §1º, da Constituição estabelece o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. A Lei n. 9882/99 determina que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser utilizada para questionar leis ou atos normativos, inclusive os anteriores à Constituição (art. 1º,

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 48-50.

l) e estabelece que é cabível quando não houver outro meio eficaz para sanar a lesividade (art. 4º, §1º). No caso, o que se desejava não era a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, mas sim a atualização dos significados dos comandos estatais. Para Clèmerson Merlin Clève e José Afonso da Silva, não parece haver dúvida quanto à possibilidade de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para o fim pretendido – e que, a partir da decisão, a eficácia produzida seria geral e vinculante. E não seria possível a utilização de ação direta de inconstitucionalidade, ineficaz nesse caso, pois reclamava declaração vinculante do Supremo Tribunal Federal sobre os dispositivos do Código Penal, não a declaração de mora do legislativo para inserção de nova regra.⁴⁷³

Em uma decisão em liminar, proferida monocraticamente pelo Ministro Relator, Marco Aurélio, foi permitida a interrupção da gestação em casos de anencefalia, tendo como principal argumento a manutenção da dignidade da pessoa humana e sobrestando a aplicação dos dispositivos penais reguladores do aborto no caso de fetos anencéfalos.⁴⁷⁴ A liminar foi posteriormente cassada, por se entender não ser o meio adequado para decisão, ainda que provisória, de tamanha magnitude, mas sem qualquer pronunciamento acerca do mérito.⁴⁷⁵ Foram mantidos os sobrestamentos dos feitos e a suspensão das decisões proferidas sem trânsito em julgado.

No julgamento do mérito, o Ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido formulado na inicial, acompanhado, com os argumentos que se passará a analisar à sequência, por Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, vencidos Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que votaram pela improcedência. O Ministro Dias Toffoli, tendo atuado no caso enquanto membro

⁴⁷³ SILVA, José Afonso da. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Declaração de Inconstitucionalidade da incidência sobre a hipótese de antecipação terapêutica do parto de feto comprovadamente anencefálico. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Soluções Práticas de Direito: Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

⁴⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Anencefalia e um novo STF. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 19-23.

⁴⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. STF e anencefalia: nada foi decidido. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 25-29.

da Advocacia-Geral da União e proferido parecer favorável à possibilidade de interrupção da gestação, encontrou-se impedido de julgar a causa.

Destarte, a oposição dos argumentos favoráveis à tese da Arguição aos contrários revela a tendência a se considerar atentatório à dignidade da mulher ser obrigada a carregar em seu útero ao longo de nove meses um feto fadado à morte precoce, ainda dentro do ventre ou logo após o nascimento (a expectativa de vida é de poucos minutos e a exceção é que seja mais longa que isso, mas não sendo superior a alguns dias). A saúde psíquica é levada em conta, uma vez que o direito à saúde não se restringe a aspectos físicos. Na contrapartida, o feto também teria seus direitos, notadamente o direito à vida, na medida em que o Código Civil salvaguarda os direitos do nascituro. A perspectiva de uma vida, ainda que breve, serve como fundamento dessa corrente. É fundamental, portanto, debruçar-se sobre o conteúdo dos votos.⁴⁷⁶

Há concordância entre os ministros de que a matéria examinada não condiz com a legalização do aborto, na medida em que enxergam eles a impossibilidade de vida extrauterina do feto anencefálico, o que não ocorre no aborto comum, que é feito apenas pela vontade da mulher. Aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ter alguma complexidade psíquica, que não é o caso do feto anencefálico.⁴⁷⁷

A laicidade do Estado é amplamente debatida, na medida em que os argumentos que parecem contrariar a procedência da ação acabam incorrendo em vieses religiosos – ainda que a discussão seja quanto ao início da vida, o conceito empregado acaba tendo guarida em doutrinas sacras, não em argumentos absolutamente jurídicos, e por vezes com dificuldades em se traduzir em razões públicas. Acerca da participação de entidades religiosas com argumentos dessa natureza, Luís Roberto Barroso afirmou, que atuou como advogado da autora da ação, que são pontos de vista que merecem atenção e

⁴⁷⁶ Um vez mais, a opção metodológica é pela análise argumentativa, não voto a voto, em função da convergência de argumentos entre eles.

⁴⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p. 2; Voto da Ministra Rosa Weber, p. 23; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 1; Antecipação ao Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 1-2; Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 19.

respeito, mas que ciência, Estado e religião são planos diferentes da vida, assim devendo ser mantidos.⁴⁷⁸

Defendendo a laicidade, o Ministro Marco Aurélio difere esta do laicismo, que seria a aversão às religiões até mesmo em aspectos culturais, definitivamente em questões públicas, de modo que o Estado laico seria aquele a permitir as liberdades religiosas, garanti-las, mas por elas não ser influenciado em seu agir. O Ministro destaca que o preâmbulo da Constituição alude à religião cristã⁴⁷⁹, na medida em que invoca proteção divina à promulgação da Carta, mas que a própria Corte brasileira já decidiu a respeito da ausência de força normativa deste trecho na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2076/Acre, que questionou a constitucionalidade da Constituição estadual do Acre em não reproduzir a mesma proteção sobrenatural⁴⁸⁰. Neste mencionado julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que não se poderia impor tal norma jurídica à divindade invocada. Assim, concluiu Marco Aurélio que o espaço dos “césares” e dos “deuses” é apartado, uma vez que o Estado é simplesmente neutro.⁴⁸¹ E cumpre dizer que assim o é desde 1891, quando o Presidente Deodoro da Fonseca editou o Decreto n. 119-A.⁴⁸²

Laicidade significa separação entre religiões e o Estado de tal modo que este não possa intervir em assuntos religiosos e que a religião não possa determinar o conteúdo de ações estatais. As religiões podem e, considerando ser democrático o Estado, devem participar do debate – mas os argumentos aceitáveis em um debate jurídico devem traduzir-se em termos de razões públicas, cuja adesão independa desta ou daquela crença.⁴⁸³ O julgamento em

⁴⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. STF e anencefalia: nada foi decidido. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 25-29.

⁴⁷⁹ O Ministro levanta ainda, brevemente, outras questões polêmicas à laicidade do Estado, tais como os crucifixos em espaços públicos e a expressão “Deus seja louvado” em cédulas de Real, ali inseridas a pedido do Ministro da Fazenda, Rubens Ricupero, em 1994.

⁴⁸⁰ A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2076 já foi tratada nessa dissertação, no Capítulo 3, Item 3.1.

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p. 5-8.

⁴⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 51; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 20.

⁴⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p. 11-12; Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 51; Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 1.

tela, no entanto, não poderia ser visto como uma disputa entre Estado e religião, como observa Celso de Mello.⁴⁸⁴

A Ministra Rosa Weber esclarece dois equívocos por ela observados nesse caso, sendo eles a ideia de que os critérios científicos tutelariam o direito e que os conceitos científicos, pois que empíricos, fossem obrigatoriamente utilizados em outras esferas e tomados como inquestionáveis. Para ela, o conceito de vida a ser empregado deve pautar-se em termos jurídicos, não científicos. Os demais campos científicos informam o direito, mas este não estará a eles submetidos.⁴⁸⁵

A conclusão dos ministros que acompanharam o relator no que diz respeito à anencefalia, à exceção do Ministro Gilmar Mendes, é, em geral, de que ela representa morte encefálica, nos moldes da Lei n. 9.434/97 (que trata de transplante de órgãos), na medida em que o encéfalo não se desenvolve (total ou parcialmente), não vindo o feto anencefálico a desenvolver qualquer função superior do sistema nervoso central (consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade, emotividade). E mais, sem o funcionamento cerebral, não consegue o indivíduo recuperar-se de qualquer lesão, sendo a morte biológica iminente.⁴⁸⁶ É doença congênita letal – e quem por ela é atingido não tem potencialidade de vida, mas morte certa. Não seria, portanto, caso de aborto eugênico, pois a eugenia pressupõe a eliminação de seres o que discrepam dos padrões imoralmente eleitos. Não é o caso, uma vez que o ser portador de anencefalia não viverá, não se tornará uma criança, um adolescente (de modo que os direitos reservados a essas categorias também não o asseguram). Tampouco se poderia aplicar os direitos reservados a pessoas com deficiência, pois não se trata disso, mas sim de uma anomalia que impede a própria vida.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 20.

⁴⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 7 e p. 16.

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 9; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 5; Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 11 e p. 14-15; Voto do Ministro Ayres Britto, p. 7.

⁴⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p. 13-19; Voto do Ministro Ayres Britto, p. 8; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 37-38.

Gilmar Mendes, por sua vez, vê diferenças entre a morte encefálica, na qual o indivíduo tem a necessidade de aparelhos para manutenção de suas funções vitais elementares (respiração e batimentos cardíacos), e a situação do feto anencéfalo, que tem autonomia no desempenho dessas funções vitais. Portanto, para o ministro não há que se comparar o que é definido na Lei de Transplante de Órgãos com a situação do feto cujo tubo neural não se fechou.⁴⁸⁸

Dado o conceito de morte clínica acima exposto, o aborto de feto anencéfalo seria crime impossível, por ausência de vida cerebral, por incapacidade de atingir toda a potencialidade da vida humana, uma crisálida que não chega a borboleta, como colocou o Ministro Ayres Britto. Este feto não sobrevive em 100% dos casos, não tem vida externa ao útero materno de maneira independente, e o protocolo médico para atestar morte cerebral nem mesmo pode ser realizado nele. Ele tampouco dispõe das condições para adquirir personalidade jurídica. Isso não lhe retira toda a proteção estatal: terá direito a nome, sepultura, respeito à sua imagem.⁴⁸⁹

O diagnóstico da anencefalia é, portanto, de certeza, realizado através de exames de ultrassonografia, possível em toda a rede pública de saúde, mas também por meio de exame de líquido amniótico. Quando feito por ultrassonografia, é normalmente repetido algumas semanas após o primeiro diagnóstico, para confirmação, sendo possível a percepção a partir da 12ª semana de gestação, em média. A partir daí, não tem mais a gestante perspectiva da vida do filho, mas a certeza de morte e de luto.⁴⁹⁰

A hipótese de doação dos órgãos do feto anencéfalo após o nascimento, utilizada com o objetivo de impedir a antecipação do parto, não parece válida: os órgãos via de regra não podem ser utilizados, não são aproveitáveis. Ademais, e ainda mais relevante, obrigar a gestante a levar a cabo a gravidez sob pretexto de utilização dos órgãos em transplante é coisificar a mulher, tratá-la como mero

⁴⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 16.

⁴⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 35-37; Voto do Ministro Ayres Britto, p. 6.

⁴⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator), p. 20; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 6; Voto do Ministro Luiz Fux, p. 8; Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 12; Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 16.

instrumento para atender a certa finalidade, em perspectiva utilitária. O feto é, igualmente, visto como um instrumento para se atender a uma finalidade, uma “coisa”. A mulher deve ser vista como um fim em si mesma.⁴⁹¹

O direito brasileiro não define o que é a vida, quando ela começa, ainda que defina que a morte se dá com o fim da atividade encefálica. Há direitos reservados ao nascituro pelo Código Civil, o que importa na legítima proteção deste ser, mas seus direitos estão condicionados ao nascimento com vida. Se a morte é atestada pelo fim da atividade cerebral, a vida seria, em senso contrário, atestada pelo início desta atividade, de modo que o feto anencéfalo não cumpre com esse requisito, sob a ótica da Ministra Rosa Weber.⁴⁹²

O direito à vida do anencéfalo não seria oponível, uma vez que “anencefalia e vida são termos antitéticos”. O feto nessas condições é um natimorto cerebral, sem potencialidade ou expectativa de vida. De um lado se tem o direito à dignidade da mulher gestante, mas do outro não há a vida, pois esta não existe, o que demonstra que o conflito de direitos fundamentais é apenas aparente. Ainda que se possa afirmar que o feto está biologicamente vivo, juridicamente não está – daí a razão por que a antecipação do parto seria conduta atípica. Não há interesse jurídico na proteção de uma vida meramente orgânica, ao menos não de forma absoluta ou com a mesma gradação da vida que é dotada de atividade cerebral.⁴⁹³ Gilmar Mendes discorda dessa premissa, na medida em que vê evidente proteção jurídica ao nascituro – e em sua avaliação o feto anencéfalo guarda essa característica.⁴⁹⁴

O juramento feito pelos médicos é o de defesa da vida humana, de respeito desde a concepção, sem interferência de concepções religiosas, nacionais, raciais, partidárias ou sociais entre eles e seus pacientes, o que

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 20-23.

⁴⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 17-19; e no mesmo sentido: Voto do Ministro Ayres Britto, p. 5; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 37.

⁴⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 23-24; Voto da Ministra Rosa Weber, p. 20; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 5; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 43-44.

⁴⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 8.

consta da Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial de 1948. O art. 56 do Código de Ética Médica estabelece que o paciente deve decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, ressalvadas as situações de urgência. Mas, mesmo com consentimento, a conduta médica não é eximida de responsabilidades civil ou penal em caso de culpa ou dolo. É necessário que o médico, no desempenho da profissão, seja livre ao exercício do procedimento ao qual a Arguição solicita a autorização.⁴⁹⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental ao Estado Democrático de Direito, constante do art. 1º, III, da Constituição da República. É este vetor fundamental que se contrapõe ao direito à vida, constante do rol dos direitos fundamentais do art. 5º do texto constitucional.⁴⁹⁶

Já na visão de Rosa Weber, é possível a aplicação da ponderação de valores nesse caso. De um lado se tem a oposição da vida do feto aos direitos da gestante, a vida tendo mais peso. De outro, opõe-se a vida precária aos direitos de dignidade, estes com mais relevância. Para a Ministra, os direitos da gestante prevalecem nesse caso. Não há valores absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo a vida, de modo que não há como se sustentar que um tenha maior proteção constitucional. Sendo os princípios normas de otimização de conduta, só ganham concretude no caso concreto, não sendo possível determinar regulação em abstrato e não entrando em contradição. Havendo a incidência de mais de um princípio na situação, eles podem concorrer entre si para condicionar o conteúdo da regra. Demanda-se, portanto, critério argumentativo, não peso de valores, de forma que se obtenha a aplicação máxima de um princípio em detrimento do outro – ponderação esta que só pode ser de razões para decidir, pois, caso seja uma ponderação de valores, resulta em autoritarismo. Os princípios opostos entre si são a vida do feto e a dignidade, a liberdade e a saúde da mulher. Demanda-se a aplicação da proporcionalidade para se encontrar a melhor solução. Em ambos os pontos de vista está presente a adequação: inviabilizar a possibilidade de aborto no caso é meio adequado à

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 6-8.

⁴⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 18.

proteção da vida do feto, ao mesmo tempo em que permitir a hipótese é meio adequado à proteção dos direitos da gestante. Quanto à necessidade, Weber entende que é necessário proteger o feto da própria mãe para garantir seu direito à vida, ao mesmo tempo em que não há meio menos gravoso à proteção dos direitos da mulher que o demandado pela autora da Arguição. A proporcionalidade em sentido estrito dá conta da forma como se afasta um princípio para realização de outro, sendo proporcional o grau de realização de um ao de não realização do outro⁴⁹⁷. O meio proposto, a decisão por ação ou omissão do Estado, pode inverter a prevalência de direitos, pois se omissivo o Estado, prevalecem os direitos de liberdade de escolha da mulher, ao passo que ativo o Estado quanto à punibilidade, são os direitos do feto que se assegura.⁴⁹⁸

Por outro lado, Gilmar Mendes entende que a ponderação é complicada de ser aplicada no caso, especialmente por ser uma questão sensível, assim como que não é o ideal que haja adjudicação judicial nesses casos, algo temerário e complexo. Por isso, ainda que o ministro seja favorável à tese da arguente, entende que a dignidade humana não pode ser oposta ao direito à vida. A escolha (entre vida e dignidade) fora feita pelo legislador (em 1940, momento em que o diagnóstico da anencefalia não era possível).⁴⁹⁹

A solução pleiteada, de permissão à escolha da mulher, coaduna com a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres, com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e as Convenções Internacionais que obrigam os Estados a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos a tortura ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica e da Convenção de Belém do Pará, nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Brasil ratificou todos estes tratados, o que importa no dever

⁴⁹⁷ Rosa Weber elabora, a partir da p. 42 e ss. de seu voto, a fórmula de Alexy da proporcionalidade.

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 36-44; Voto do Ministro Luiz Fux, p. 15-16; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 39.

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 19-21.

de garantir o direito da mulher fazer escolhas que levem à saúde, não ao sofrimento.⁵⁰⁰

Os Ministros Marco Aurélio de Mello, Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Luiz Fux parecem concordar que, na promulgação do Código Penal, em 1940, não havia métodos científicos adequados ao diagnóstico da anencefalia (e mesmo de outras doenças genéticas), de modo que não se pode exigir que esta hipótese estivesse presente no rol das exceções do art. 128. Não seria possível opor a vontade do legislador, argumento estritamente vinculado à separação de poderes, à possibilidade de antecipação terapêutica da gestação nesse sentido, uma vez que mesmo o aborto por estupro fora autorizado.⁵⁰¹

O direito à vida não é absoluto ou hierarquicamente superior a outros direitos. Isso se evidencia com a leitura do art. 5º, XLVII, da Constituição, que admite pena de morte em caso de guerra e, igualmente, com a possibilidade trazida pelo Código Penal de aborto humanitário. Além disso, a proteção dada ao direito à vida comporta diferentes gradações, perceptíveis com a diferença de pena atribuída ao homicídio (de seis a vinte anos) em relação ao aborto provocado pela gestante (um a três anos). Com o desenvolvimento, há ampliação da esfera de proteção. Se a proteção a um feto sadio, a exemplo de caso de estupro, é passível de flexibilização, ainda mais de um feto cuja potencialidade de vida extrauterina é inexistente. A mulher não seria deixada de lado, sem consideração pelo legislador, ao mesmo tempo em que não se dá proteção ao feto em todas as hipóteses. Considerando-se a impossibilidade de vida extrauterina, não se pode imaginar que o ordenamento proteja o feto em detrimento da mãe.⁵⁰²

Celso de Mello, por sua vez, afirma não questionar a “sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida”, que é dotado de inegável fundamentalidade, sendo o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais. A

⁵⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 43; Voto do Ministro Celso de Mello, p. 9.

⁵⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 25; Voto da Ministra Rosa Weber, p. 25 e p. 32; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 6; Voto do Ministro Luiz Fux, p. 13.

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 27-29; Voto da Ministra Rosa Weber, p. 17 e p. 35; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 4-5; Voto do Ministro Luiz Fux, p. 7-8.

dignidade humana é, em sua visão, verdadeiro valor-fonte do sistema jurídico, tutelada não apenas pelo direito interno, mas também, mais recentemente, por tratados internacionais.⁵⁰³

A gravidez de um feto anencéfalo é prejudicial à saúde física da mulher. Toda gravidez acarreta riscos, mas a gravidez anencefálica pode trazer diversos problemas, como aumento no nível de líquido amniótico, ausência de estímulos à produção hormonal pela gestante, eclâmpsia, entre outros. No aspecto psíquico, ainda mais dano há à saúde da mulher, que carrega por nove meses ser que sabe que não verá crescer e se desenvolver, gerando sentimentos de luto, angústia, impotência, desespero. Ainda, o parto normal não é adequado, de modo que a cicatriz da cesariana permanece marcada no corpo da mulher.⁵⁰⁴

Desse modo, entendeu o Ministro Marco Aurélio que a decisão deve ser tomada pela mulher, com a faculdade de interromper a gestação dessa natureza se julgar adequado, uma vez que apenas ela pode sopesar os valores e sentimentos, seguindo sua própria consciência e privacidade, da maneira adequada à sua saúde física e mental. “Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for”. É uma escolha, não uma imposição. A permissão estaria em acordo com a “Convenção de Belém do Pará”, notadamente no que diz respeito aos direitos à integridade física, mental e moral, à dignidade e a não submissão à tortura.⁵⁰⁵ Obrigar que a mulher leve a cabo a gestação de um feto fadado à morte iminente, “exigir que ela converta o sofrimento involuntário em uma experiência mística de sublimação de si e do luto pelo futuro filho, são tarefas que não cabem a um representante do Estado”.⁵⁰⁶

⁵⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 15-20.

⁵⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 29-32; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 1-2; Voto do Ministro Luiz Fux, p. 10-11; Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 42-43; Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 16; Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 21.

⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 35-37; Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 24.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 13.

Para Luiz Fux, a questão sob análise, antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, é se a mulher que descobre que sua gestação é de um feto com a anomalia da anencefalia deve ser obrigada a ver a “missa de sétimo dia” de seu filho ao longo de nove meses (uma vez que sabe que o feto está fadado à morte) ou se será colocada no banco do Júri, uma vez que se trata de um crime contra a vida. A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal é a terceira via, a de lhe eximir de ambos os fardos.⁵⁰⁷

A intervenção do Estado para proteção da vida do feto viola, portanto, não apenas os direitos relacionados à liberdade, integridade física e psicológica, além da dignidade humana. Não há dúvida de que a situação imposta contra a vontade da mulher é, para Rosa Weber, tortura física e psicológica em razão da crença. A Ministra cita a Lei dos Crimes de Tortura, Lei n. 9.455/97, atentando ao fato de que a pena abstrata atribuída à tortura (reclusão de dois a oito anos) é o dobro da pena abstrata atribuída ao crime de aborto (reclusão de um a quatro anos). O Direito Penal mínimo, defendido por ela, demanda idoneidade (criminalização para resolver um problema social), subsidiariedade (não há alternativas para regulação da conduta indesejada) e racionalidade (comparação entre benefícios e custos sociais decorrentes da criminalização). Com isso, os argumentos pendem à autorização da interrupção da gestação nesse caso – repise-se, uma escolha, não um impeditivo à gestação de fetos anencéfalos. O Ministro Fux compreende que a ponderação de princípio no Direito Penal implica em estado de necessidade justificante.⁵⁰⁸ A Ministra Cármen Lúcia, acompanhada pelo Ministro Celso de Mello, entende de modo semelhante, afirmando que há inexigibilidade de conduta diversa da gestante e da equipe médica, figurando assim ausência de reprovabilidade ou censurabilidade na conduta do casal que opta por abreviar o período de sofrimento gestacional.⁵⁰⁹

A hipótese de aborto por estupro se assemelharia em estrutura lógico-funcional à hipótese do aborto do feto com anencefalia na visão de Gilmar

⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 6.

⁵⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 44-47; Voto do Ministro Luiz Fux, p. 12.

⁵⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 30, Voto do Ministro Celso de Mello, p. 46.

Mendes, uma vez que em ambos a intenção é proteger a mulher em sua saúde psíquica, mas no primeiro permite-se o aborto mesmo do feto saudável, o que constitui a grande diferença entre eles. A gravidez do feto anencéfalo gera ainda riscos à saúde da mãe, como mencionado anteriormente, mas não riscos o suficiente para ser enquadrado na hipótese legal de exclusão da culpabilidade do art. 128, I, do Código Penal. Desse modo, a hipótese ora examinada está compreendida entre as duas causas excludentes da ilicitude, mas era inimaginável prever-se em 1940.⁵¹⁰

Não estaria de acordo com a proporcionalidade proteger apenas um dos seres envolvidos na relação, justamente o ser que não tem potencialidade de vida extrauterina, aniquilando direitos da mulher, seja direito à saúde, à integridade, seja em relação a direitos sexuais e reprodutivos. Seria o mesmo que colocar o corpo da mulher em “cárcere privado”, na ótica de Marco Aurélio Mello, assemelhando-se à tortura ou a um sacrifício e retirando-lhe a possibilidade de autodeterminação e liberdade⁵¹¹, com o que concordam Luiz Fux, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Ayres Britto. Este último chega a afirmar “que se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez anencéfala já seria lícita desde sempre”.⁵¹² Joaquim Barbosa compreende que a dignidade da mulher é que deve prevalecer, a partir de uma escolha com base em seus interesses pessoais. O fato de setores sociais, pautados por crenças religiosas ou morais, julgarem reprovável a conduta não pode servir para criminalizar a mulher que desejar interromper a gestação nessas condições. Sendo laico o Estado, ações de cunho imoral não podem pautar o direito penal. Além disso, a ameaça do direito penal não resolve, não impede que abortos aconteçam de forma clandestina e insipiente.⁵¹³

⁵¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 24-25.

⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 37-38.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 9-11 e p. 14-15; Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 11-12; Voto do Ministro Ayres Britto, p. 11-12.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 3.

Contrários à tese da inicial da Arguição, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso entenderam que há sim contraposição entre direito à vida do feto, nascituro, e direito à dignidade e à vida da mãe. Todos os fetos anencéfalos são, a não ser que já mortos dentro do útero (como Peluso vê defender os partidários da tese da Arguição), dotados de capacidade de movimento autógeno, em processo contínuo de vida humana e sob tutela do princípio da dignidade humana.⁵¹⁴

Não seria pertinente a invocação de direitos sexuais e reprodutivos, nas palavras de Peluso, uma vez que estes não serviriam à remoção de uma gravidez incômoda ou dolorosa e esta seria meramente uma interpretação distorcida do alcance e natureza desses direitos. Os direitos reprodutivos permitiram às pessoas a escolha, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos querem ter e em que momento de suas vidas, assim como informações sobre como ter ou não ter filhos e o direito de exercer a sexualidade e a reprodução sem discriminação, imposição e violência. Os direitos sexuais envolvem a livre expressão da sexualidade, livre de violência, opressão, discriminação, o direito de escolha do parceiro, de escolha sobre ter ou não relações, de ter relações sexuais independentemente de reprodução, direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade, sem discriminação. Isso, na visão do Ministro, não significa a possibilidade de pôr fim a uma gestação que causa dor psíquica à mulher.⁵¹⁵

O então Presidente da Corte assevera ver grande diferença entre os julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, pois nesta há um embrião excedente, afastado da noção de vida humana posto que ausente o fenômeno do processo vital que a caracteriza (inserção em útero materno). No caso sub judice, entende ele se tratar de hipótese de exclusão do diferente, do deficiente, em suma, entende que se traduz em situação de flagrante eugenia. Além disso, o ministro entendeu que o diagnóstico não é tão preciso quanto afirmaram os

⁵¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 2-3; Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 3 e p. 18.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 38-39.

ministros que antes dele proferiram seus votos – e que abre sim margem ao erro e até mesmo à eliminação de fetos acometidos de anomalias diversas da anencefalia, sendo ainda mais perigoso e imperativo que seja proibido o aborto, portanto.⁵¹⁶

Contra a vida humana, portanto, não seria possível invocar princípios como a autonomia da vontade, liberdade pessoal e legalidade para justificar ou legitimar o aborto doloso. Qualquer interrupção dolosamente provocada do curso da vida intrauterina é, para Peluso, criminosa. O aborto de feto anencéfalo seria vedado de modo frontal pela ordem jurídica, pois o contrário seria reduzir-lhe à condição de lixo. A deficiência não tira a condição humana do feto, portanto não tira sua dignidade e necessidade de proteção. A conduta é típica, “não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética capaz de conduzir a conclusão diversa”. O feto é sujeito de direito, não coisa ou objeto de direito alheio.⁵¹⁷

Independentemente da leitura que se faça dos artigos do Código Penal que tratam do crime de aborto (art. 124 e ss.), em nenhum deles foi afastada a punibilidade da interrupção da gravidez em caso de feto inviável, sem potencialidade de vida extrauterina. E, nascido, caso sofra qualquer atentado contra si, configura crime, seja ele de infanticídio, homicídio, lesão corporal. Não se poderia utilizar da ausência de tecnologia necessária para o diagnóstico na promulgação do Código, pois teria ele sido reformado em 1984 (ainda que da parte geral), quando já se tinha à disposição exames como a ultrassonografia. Ademais, fosse esse o entendimento do Congresso Nacional, poderia a qualquer momento legislar a respeito e alterar as disposições dos mencionados artigos. É o que entendem os ministros Marco Aurélio de Mello, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. São os parlamentares os legítimos representantes da soberania popular – e há projetos em tramitação no Congresso Nacional acerca do tema em exame.⁵¹⁸

⁵¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 1, p. 17 e p. 27.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 7-9 e p. 11-15.

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 3-4 e p. 12-14; Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 22 e p. 36-37.

O direito à vida, consagrado tanto na Constituição como em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, é princípio fundamental do Estado. Uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos poderia tornar lícita a antecipação do parto de qualquer embrião com pouca ou nenhuma expectativa de vida fora do útero. Além disso, há na legislação o resguardo da vida intrauterina, textos normativos que não seriam atingidos qualquer que fosse a decisão tomada ao cabo da Arguição. Haveria indícios de que os fetos anencéfalos apresentam sofrimento, sentem dor e reagem a estímulos externos, o que corroboraria a argumentação pela improcedência.⁵¹⁹ Peluso chega a relacionar o pedido da autora a uma argumentação análoga a assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos, pois, em sua ótica, o que mudaria entre os casos seria apenas o momento da execução, sem diferenças entre o “insensível extermínio” ou os pretextos.⁵²⁰

Não seria possível, tampouco, equiparar a situação por que passa a gestante que recebe o diagnóstico da anencefalia com a tortura, pois esta relação não resistiria, na ótica de Peluso, a uma crítica superficial. Só se trata de tortura quando o sofrimento causado é injusto e intencional e que possa ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico, o que não é o caso, uma vez que se impõe impeditivo legal à conduta. O sofrimento seria, a seu ver, inerente à condição humana, não exatamente degradante. E a situação não é intencional, é falha biológica – não foi injustamente provocada por terceiro, mas pela própria natureza. Por essa razão, não se poderia comparar à situação da gravidez por estupro, em que a mulher injustamente passou por situação, dolosamente provocada por terceiro, de violência odiosa.⁵²¹

Quanto ao argumento de gradação de proteção à vida a depender do estágio em que se encontre, utilizado para julgar procedente a Arguição, Peluso vê como incorreto: para ele, a diferença consiste no grau de reprovabilidade de cada conduta típica, segundo as modalidades e circunstâncias da ação humana

⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 9-11.

⁵²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 12.

⁵²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 27-34.

violadora. Se a vida é ou não viável fora do útero pouco importa, uma vez que a legislação protege a vida em todos os seus estágios e de igual modo.⁵²²

Não se poderia traçar relação entre a morte encefálica e a situação de um organismo que não desenvolveu o sistema nervoso, seria uma analogia insuficiente para dar conta da complexidade do caso. Na morte encefálica, não se tem respiração independente ou espontânea, é a interrupção definitiva e irreversível do ciclo vital. Na anencefalia se tem um contínuo e progressivo processo vital. Ademais, a constatação de morte encefálica serve, na medicina, para salvar vida alheia – através do transplante de órgãos –, o que não ocorre no caso examinado, pois não se sustentaria essa hipótese de aborto para salvar uma vida (seria o caso já permitido em lei, em que a vida da mãe estivesse em risco, não necessitando de qualquer decisão a respeito). O doente terminal também teria sofrimentos, mas não se pode pensar em executá-lo ou em auxiliá-lo no cometimento de suicídio. Uma situação de angústia ou sofrimento não autoriza a decretação da morte do paciente.⁵²³

O argumento aventado pela corrente oposta de que a saúde da mãe estaria em risco não viria ao caso, mesmo porque, nessas circunstâncias, a legislação penal já dá guarida à gestante, excluindo a culpabilidade através do inciso I do art. 128 do Código Penal, com o chamado aborto terapêutico, como o Ministro Gilmar Mendes expressou em seu voto e o Ministro Cezar Peluso reproduz. É possível preservar a vida e a saúde da mãe sem a necessidade de se acrescentar nova causa de exclusão da culpabilidade na prática abortiva.⁵²⁴

Em relação à interpretação conforme a Constituição, Lewandowski destacou a necessidade de se observar a “lógica do razoável”, a partir de um contexto fático que incide sobre a norma. É um método preferível à pura e simples declaração de inconstitucionalidade, mas a vontade do legislador deve ser observada. Ademais, ela é cabível quando a lei não é clara; quando o é, não

⁵²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 13 e p. 23.

⁵²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 4-6 e p. 16.

⁵²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 35.

há espaço para interpretação. É o que ocorre, segundo o julgador, no caso em julgamento.⁵²⁵

Assim, a decisão final foi pela interpretação conforme a Constituição, que já era há muito utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, e que tem limites naquilo que se diz a “vontade do legislador”, vale dizer, não pode contrariar de forma absoluta a literalidade da lei ou o significado normativo. E, em se tratando de matéria criminal, esse tipo de decisão só pode ser *in bonam parte*, ou seja, não pode ofender ao postulado de reserva de lei, mas pode ter efeito restritivo da norma penal. Desse modo, a despeito da decisão, o parlamento pode a qualquer tempo criar norma que vá em sentido contrário, tendo em vista ser sua prerrogativa.⁵²⁶

4.4. O que se extrai dos julgamentos – qual é, enfim, a conclusão do Supremo Tribunal Federal sobre as questões em debate e sua relação com a questão do aborto

Após a análise das audiências públicas e dos votos em ambos os casos, é perceptível que a Corte brasileira evitou adentrar na discussão sobre o aborto, versando apenas tangencialmente a partir de outros elementos correlatos ao tema. De início, o Supremo abriu-se à sociedade, com a presença de diversos grupos políticos, de cientistas, juristas, parlamentares e religiosos. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil esteve presente nas audiências públicas dos dois casos, defendendo o direito ao nascimento em ambos. Sob o pretexto de que os embriões são vidas inocentes das quais se tira um direito fundamental quando não lhes é dado o direito à vida extrauterina, a Igreja Católica se posiciona contra a liberdade de escolha das mulheres e tenta utilizar-se de sua influência em todos os meios, seja através do Poder Legislativo (como anteriormente aduzido) ou do Judiciário.

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 5-7.

⁵²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 28 e p. 33-36.

Entre a comunidade científica, há opiniões divergentes. Um grupo entende que a vida humana é intangível desde a concepção. Assim, crê ser imoral a utilização de células de um embrião para pesquisas e terapias e, no mesmo sentido, que é imoral encerrar prematuramente uma gestação em razão da anencefalia do feto. Nessa corrente, há também profissionais que acreditam na possibilidade de uma maior expectativa de vida do feto com a anomalia, mais uma razão para a defesa da proibição da antecipação terapêutica do parto. Um segundo grupo, ao contrário, compreende que há um momento posterior à concepção que dá início à vida, ainda que não se tenha um consenso sobre quando ele ocorre. Os cientistas que seguem essa linha entendem, em geral, que a utilização das células embrionárias deve ser permitida, pois não violaria o direito à vida; as pesquisas desse gênero permitem diversos avanços científicos para tratamentos de doentes e acidentados; por fim, em relação aos fetos anencéfalos, compreendem que o sofrimento gerado à mãe é extremo e não se pode deixar de conferir-lhe liberdade de escolha nesse caso.

O que se percebe é que, seja na sociedade civil ou no campo científico, não se tem consenso acerca dos temas de início da vida ou da existência de um direito à vida que inclua o direito ao nascimento. Tampouco é possível estabelecer uma resposta certa aos problemas que o Supremo Tribunal Federal teve de enfrentar em ambos os casos, uma vez que envolvem um conflito (ao menos um conflito aparente) de direitos fundamentais (caso se considere que o embrião e o feto são pessoas com direito à vida) e, assim, faz-se necessário o emprego de critérios jurídicos e racionais para se alcançar uma decisão.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, a leitura feita pelo Tribunal é de que o embrião humano fecundado externamente ao útero materno não tem um direito à vida tal qual tem um ser humano nascido. Não há relevância em se determinar uma resposta à questão do início da vida humana, uma vez que não é possível obter uma solução certa ou definitiva. Eventuais conclusões acerca do tema dependem de convicções pessoais, religiosas ou filosóficas, sem possibilidade de um conceito único. Assim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 igualmente não define o início da vida humana. Ao contrário, parece evidente que o feto anencéfalo é uma vida humana na visão dos julgadores; no entanto, dado que sua vida é extremamente curta e o sofrimento gerado na gestante é extremo, com riscos à sua saúde e à sua vida,

além de problemas psicológicos após o parto, o direito à vida do feto é relativizado. Para tanto, partindo-se do princípio de que todos os direitos são passíveis de restrições, a escolha autônoma da gestante entre antecipar ou não o parto prevalece em detrimento ao efêmero direito à vida do feto anencéfalo.

A princípio, pode-se pensar que a leitura do Supremo Tribunal Federal em cada um dos casos é contraditória, uma vez que entende que a vida intrauterina deve ser protegida com maior veemência em relação à vida produzida e conservada externamente ao corpo materno (no caso das células-tronco), ao mesmo tempo em que não dá essa garantia no caso da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Mas essa leitura é, além de precipitada, equivocada. A começar pelo fato de que a vida é protegida gradativamente aos olhos da Corte. Assim como os crimes contra a vida têm penas diferentes em caso de aborto, infanticídio e homicídio, o Supremo entende que há um critério cronológico. Assim, o feto não teria a mesma proteção que uma criança já vivente externamente ao útero. Além disso, o feto anencéfalo não tem a mesma potencialidade de vida que seria necessária à sua plena proteção, uma vez que a sobrevivência desses seres é de alguns minutos fora do útero, apenas.

Essa interpretação é o que Ronald Dworkin entende como o “investimento” feito na vida humana. Um embrião recém concebido ainda não gerou investimento; um bebê já passou por isso em alguma medida, assim como uma criança de um ou dois anos, e ainda mais foi investido em uma criança de sete ou dez anos. O autor vê uma “métrica do desrespeito” à vida humana, uma vez que pressupõe a existência de graus de iniquidade na perda de um ser humano. Como exemplo do que isso significa, Dworkin cita o quanto as mortes prematuras são tragédias maiores que outras mortes. Um homem de meia idade morrer em um acidente aéreo não seria uma tragédia tão profunda quanto um jovem. Ele relaciona essas questões ao desperdício de vida. No entanto, caso se avalie a vida humana apenas por questões cronológicas, um aborto realizado nas fases iniciais da gestação seria mais atentatório à “santidade da vida humana” que um realizado mais tarde; o que se defende pela maioria das pessoas é justamente o contrário: quanto mais avançado o desenvolvimento, mais condenável é a prática abortiva. Isso porque não apenas a perspectiva de vida é levada em conta nessa análise, mas também o que aconteceu no passado, os investimentos feitos na vida daquele ser humano. O desperdício dos

investimentos criativos naturais e humanos ocorre quando a progressão normal é frustrada pela morte. Tais investimentos são, por exemplo, o crescimento (natural) e os estudos (criativo).⁵²⁷

Dworkin aduz que não se tem frustração de vida quando menos seres humanos nascem, pois não há investimento criativo em vidas que nunca existiram. Ainda assim, deflagrado o processo vital, interrompê-lo significa frustrar uma “aventura que já se pôs em marcha”, nas palavras do autor. Por essa razão o aborto não é apenas mais difícil, mas também mais condenável quanto mais tarde seja praticado.⁵²⁸

A interpretação do Supremo Tribunal Federal parece seguir tal corrente de pensamento. Por não haver investimento natural ou criativo no embrião congelado para além da própria fecundação, não seria imoral autorizar a utilização de suas células em pesquisas. No caso dos fetos anencéfalos, a vida materna passou por grandes investimentos, tanto naturais como criativos, mas sofreria com grandes danos, físicos e psicológicos, caso fosse obrigada a levar ao fim uma gestação indesejada de um feto sem expectativa de vida extrauterina. O feto, por outro lado, não passou pelos mesmos investimentos que a mãe, e daí decorre a possibilidade em se relativizar a “tragédia” que é encerrar prematuramente seu desenvolvimento.

A posição da Corte especificamente nos dois casos analisados estabelece permissões aos particulares, na medida em que autoriza que os embriões obtidos através da fertilização *in vitro*, que cumpram com todos os requisitos estabelecidos pela Lei de Biossegurança, sejam utilizados em pesquisas científicas com células-tronco embrionárias e permite a realização de procedimento médico para interromper gestação quando o feto gerado com a fecundação seja atestadamente anencéfalo, ou seja, tenha má formação em seu tubo neural e não tenha condições de vida extrauterina superior a alguns minutos, e ainda que tem grandes chances de morte dentro do próprio útero.

⁵²⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 117-122.

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 122-123.

O casal que tenha embriões remanescentes de procedimento de fertilização não é obrigado a doá-los à pesquisa científica, ainda que cumpra com as exigências legais. Tampouco a gestante é obrigada a passar por procedimento abortivo quando descubra a condição de anencefalia do feto. Não se trata, de forma alguma, de obrigações, como enfatizaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, exploradas anteriormente. Com base em critérios morais ou religiosos, há a possibilidade de decisão, que pode se voltar a qualquer uma das hipóteses, pelo sim ou pelo não, em ambas as situações.

O que muda nos casos é a abertura à possibilidade anteriormente negada. A Lei n. 11.105/05 permitiu a utilização das células embrionárias em pesquisas, algo anteriormente não tutelado e que foi então questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade. A opção do Supremo Tribunal Federal foi pela manutenção da possibilidade de utilização dessas células com tutela da legislação, considerada assim constitucional, preservando também a possibilidade de não utilização, pautada por critérios morais, científicos, filosóficos ou religiosos do cientista – este escolhe se quer ou não utilizar embriões em pesquisas – e também pela possibilidade de escolha do casal detentor do material genético utilizado na fecundação. Cientistas e sujeitos que passaram pela fertilização podem optar pela não utilização dos embriões, algo totalmente autorizado.

Igualmente, a opção é aberta à mulher que se descobre grávida de um feto fadado à morte pelo fato de não ter total formação do encéfalo. Pode ela seguir com a gestação ao longo dos nove meses se for de sua vontade, se assim determinar sua consciência. Ao mesmo tempo, a mulher que não quer passar por tal situação pode realizar o procedimento médico adequado sem a necessidade de ter que submeter pedidos judiciais que autorizem a interrupção da gestação.

Abre-se espaço maior à autonomia da vontade. Como se afirmou, o papel do Estado nos dois casos seguiu como previa Luís Roberto Barroso, para

assegurar o exercício da autonomia privada, com respeito assegurado à valoração ética de cada um e sem imposição de condutas imperativas.⁵²⁹

É nesse sentido que há relevância na atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto uma Corte contramajoritária: para proteger as minorias de imposições discriminatórias e desarrazoadas das majorias. O Supremo Tribunal Federal atua independentemente do que tenha sido garantido, restringido, apreciado ou deixado sem tutela pelo Congresso Nacional. O Congresso tem sua legitimidade, garantida pela eleição, mas não tem liberdade de agir contra as minorias – o que pode acontecer, tendo em vista que a atuação ocorre segundo os grupos de políticos eleitos. A atuação da Corte deve ser de salvaguarda dos direitos dos grupos minoritários, aí incluídas as mulheres (ainda que numericamente um grupo amplo, metade da população nacional, segue sendo socialmente oprimido). O Ministro Celso de Mello, em julgamento do Recurso Extraordinário n. 477554/Minas Gerais, que versava sobre a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, entendeu que a Corte tem o papel de preservar os mandamentos constitucionais e os direitos intangíveis de grupos minoritários, vítimas de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política. Em razão dessa condição, tais grupos sofrem com intolerância, perseguição, discriminação e injusta exclusão, e a Corte deve agir em perspectiva contramajoritária.⁵³⁰

Esse caráter contramajoritário representa a função que cumpre ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito para que se garanta efetiva proteção às minorias. Questões verdadeiramente morais não deveriam ser decididas pela maioria, na interpretação de Luís Roberto Barroso.⁵³¹ Assim, “em nome da Constituição, da

⁵²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco*: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *Panóptica*, ano 1, n. 7, mar.-abr. 2007. p. 8-9.

⁵³⁰ “[...] o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 477554/Minas Gerais. Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01.07.2011. Publicação no DJe em 03.08.2011.

⁵³¹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Luís

proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais”, cabe ao Tribunal “a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i. e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta da população)”. Os agentes públicos, não eleitos, do Poder Judiciário poderiam, na visão de Barroso, sobrepor sua razão à dos representantes eleitos.⁵³² Ao Supremo Tribunal Federal cumpre, nessa visão, não apenas declarar inconstitucionalidade de leis, mas sanar eventuais questões que impeçam as minorias de exercerem seus direitos.

Em relação aos dois casos examinados, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal atuou no cumprimento de sua função contramajoritária, na medida em que se fez uma leitura constitucional para se alcançar as respostas, além de se ter ouvido diversos setores da sociedade, em audiências públicas, antes da tomada da decisão, que nem sempre é a mais “popular”, ou a prevalecente na sociedade, mas sim aquela que melhor alcança os objetivos da Constituição. Ambos foram casos em que se atendeu a demandas sociais e anseios políticos, sendo que na ação o que se fez em verdade foi manter uma resposta que já havia sido dada pela via legislativa. No segundo caso, o da Arguição n. 54, o que ocorreu foi a ampliação das exceções dadas pela legislação pátria.

Ainda que haja uma abertura ao reconhecimento e à proteção de direitos sexuais e reprodutivos femininos, a influência religiosa na Corte permanece. Mesmo alegando a laicidade estatal e a necessidade de uma decisão neutra, os ministros retornam a referências e argumentos religiosos. A Ministra Cármen Lúcia, como se aduziu anteriormente, tratando justamente da laicidade do Estado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, assim assevera: “a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial.”⁵³³ Ao tratar da separação necessária entre religião e Estado, a

Roberto Barroso; tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 97-98.

⁵³² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 446-448.

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 2.

referência trazida pela ministra é do livro sagrado cristão, o que demonstra o apego ainda presente na sociedade ao papel simbólico da Bíblia e da própria religião enquanto nortes de atuação às pessoas. O Ministro Marco Aurélio de Mello, como referido anteriormente, atuando como relator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dá início ao seu voto com o sermão da Primeira Dominga do Advento, do Padre Antônio Vieira, religioso que veio ao Brasil ao longo do período colonial e pertenceu à Companhia de Jesus. O trecho destacado pelo ministro é o seguinte: “E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre”.⁵³⁴ É uma citação que remete à passagem de tempo e ao desenvolvimento, além do fato do surgimento das coisas ter sido simultâneo – uma referência à criação narrada na Bíblia. O ministro votou pela procedência da ação e consequente possibilidade de antecipação do parto de fetos anencéfalos, ao contrário do que defenderam os representantes da Igreja Católica, mas não se afastou de referências religiosas quando expôs seus argumentos.

Significa dizer que há, mesmo na Corte, uma dificuldade em separar questões laicas e religiosas. O Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, faz análise do que pensam catolicismo, judaísmo, islamismo, budismo e hinduísmo para concluir que não é possível alcançar um consenso entre as teorias.⁵³⁵ Há um constante retorno a citações religiosas e a explicações desenvolvidas pela teologia para esclarecer questões de análise jurídica.

É notável, simultaneamente, que o Estado “não poderá ignorar o fenômeno religioso como expressão pública de pertencimento de cada indivíduo à comunidade política; afinal, quem entenderá como legítimo um governo que não respeita a suas escolhas mais íntimas e pessoais”⁵³⁶, nas palavras de Ana

⁵³⁴ Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16378>. Acesso em 16.11.2015.

⁵³⁵ Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16378>. Acesso em 16.11.2015.

⁵³⁶ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de; TERRA, Felipe Mendonça; FIGUEIREDO, Filipe Seixo de; MATTA, Paulo Vitor Torres da. As Relações entre Religião e Estado. Notas sobre as experiências norte-americana e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 19, jun./dez., 2011. p. 2-3.

Paula de Barcellos; do mesmo modo, as pessoas têm liberdade religiosa e de expressão para adentrar ao debate, traduzindo em argumentos suas crenças. O que ocorre é que nem sempre essas crenças são traduzidas enquanto razões públicas.

Para John Rawls, a ideia de razão pública faz parte de uma sociedade democrática constitucional bem ordenada. As democracias têm como característica básica o pluralismo razoável, com uma diversidade de doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes⁵³⁷, de cunho religioso, filosófico e moral. “Os cidadãos percebem que não podem chegar a um acordo ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua com base nas suas doutrinas abrangentes irreconciliáveis. Em vista disso, precisam considerar que tipos de razões podem oferecer razoavelmente um ao outro quando estão em jogo perguntas políticas fundamentais.” A razão é pública quando é uma razão de cidadãos livres e iguais, o bem é público e a natureza e o conteúdo são igualmente públicos.⁵³⁸

O cidadão adentra na razão pública quando delibera em um quadro que compreende como a mais razoável concepção política de justiça, expressando valores políticos que espera que também os demais possam razoavelmente apoiar enquanto cidadãos livres e iguais. A razão pública é traduzida em uma família de concepções que podem preencher o critério de reciprocidade.⁵³⁹ Esse conjunto de concepções tem a justiça como equidade como um de seus elementos, mas envolve também uma lista de direitos, liberdades e oportunidades básicas; uma atribuição especial a estes, em especial em reivindicações de bem geral; e medidas que possam assegurar a todos os cidadãos os meios adequados aos propósitos para que façam uso de suas liberdades.⁵⁴⁰

⁵³⁷ Doutrinas abrangentes são aquelas que buscam expressar compreensões de mundo, organizando valores e princípios em torno de uma lógica de crenças e fé, e que, com isso, adquirem seguidores que acreditam na veracidade de seus princípios.

⁵³⁸ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 173-175.

⁵³⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Dois Ensaios sobre o Liberalismo Político de Rawls: construtivismo político e razão pública. ALVES, Adamo Dias. *Constitucionalismo e teoria do estado: ensaios de história e teoria política*. Adamo Dias Alves, Marcelo Andrade Cottoni de Oliveira e David Francisco Lopes Gomes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 111-122.

⁵⁴⁰ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 186.

O critério de reciprocidade exige que, quando os termos são propostos como termos de cooperação justa mais razoáveis, quem os propõe pense que são minimamente razoáveis aos outros cidadãos livres e iguais, não dominados ou manipulados, nem sob pressão de uma posição política ou social inferior.⁵⁴¹

Os sujeitos, organizações, associações têm razões, que são maneiras que uma sociedade política (formada por agentes razoáveis e racionais) possui de articular seus planos e colocar seus fins numa ordem de prioridade e de deliberar de modo correspondente. Essas razões constituem a cultura de fundo da sociedade ou a uma cultura política não pública (a exemplo da mídia). Desse modo, existem razões públicas e razões não públicas. A razão pública tem como objeto o bem público, as concepções políticas de justiça, os objetivos e fins a que devem servir as instituições sociais. Envolve o discurso dos juízes em decisões (em especial do Supremo Tribunal), os discursos dos representantes ou autoridades de governo e, ainda, o discurso dos candidatos a cargos públicos e membros de campanhas.⁵⁴²

Uma característica essencial da razão pública é que suas concepções políticas devem ser completas. Os valores que a compõe devem ser de tal modo organizados que possam, em sua singularidade, oferecer uma resposta razoável a todas, ou quase todas, as perguntas relacionadas a elementos constitucionais essenciais e a questões básicas de justiça.⁵⁴³

A laicidade e a neutralidade são esforços para se libertar a dignidade humana de doutrinas religiosas ou políticas abrangentes, associando-a à ideia de razão pública.⁵⁴⁴ Isso porque, na visão de Rawls, “embora razões religiosas e doutrinas sectárias não devam ser invocadas para justificar a legislação numa sociedade democrática, argumentos seculares sensatos podem ser”. Assim, a justificação para políticas, liberdades e direitos a partir da noção de “pecado”

⁵⁴¹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 180.

⁵⁴² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Dois Ensaio sobre o Liberalismo Político de Rawls: construtivismo político e razão pública. In: ALVES, Adamo Dias. *Constitucionalismo e teoria do estado: ensaios de história e teoria política*. Adamo Dias Alves, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e David Francisco Lopes Gomes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 111-122.

⁵⁴³ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 190-191.

⁵⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 74.

pode não ser vista por outros cidadãos como aceitáveis; se, por outro lado, tomam forma de argumentos seculares, aceitos como razoáveis pelos demais, ainda que partam de uma doutrina abrangente religiosa, traduzem-se em razões públicas.⁵⁴⁵

Luís Roberto Barroso entende que, a despeito de “importantes e respeitáveis grupos religiosos serem contrários ao aborto, com base nos seus dogmas e na sua fé, não supera a objeção de que esses são argumentos que não encontram espaço nos domínios da razão pública”. Assim, não se pode considerar que há um consenso social significativo nesse tema.⁵⁴⁶ Dworkin, no mesmo sentido, compreende que “numa cultura política que insiste nas justificações seculares de seu direito penal, o argumento autônomo de que o aborto é pecado porque qualquer aborto insulta e frustra o poder criador de Deus não pode contar como razão para tornar o aborto um crime”.⁵⁴⁷

Rawls esclarece que, quando questões muito controvertidas, como o aborto, são trazidas ao debate, podem levar a um impasse entre concepções políticas diferentes. Os cidadãos então devem, na visão do autor, votar nesses temas de acordo com seu ordenamento completo de valores políticos. O resultado dessa votação deveria, no entanto, ser aceito pelos demais cidadãos enquanto razoavelmente justo.⁵⁴⁸

No entanto, para que a defesa das minorias, característica do Estado Democrático de Direito, seja possível pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se pode almejar é que as pessoas que embasam suas razões em diferentes doutrinas abrangentes e, desse modo, não alcançam consensos mínimos razoáveis adentrem ao debate. Não se pode pensar em “votações”: a questão do aborto, por exemplo, não pode ser objeto de plebiscito, uma vez que envolve direitos fundamentais e o próprio exercício da dignidade humana. Quando estão em jogo princípios fundamentais e a defesa de direitos das minorias, não pode

⁵⁴⁵ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 194-205.

⁵⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 102.

⁵⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 63.

⁵⁴⁸ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 221-223.

haver uma “simples” decisão da maioria, pois esta seguirá oprimindo. O Estado Democrático de Direito deve se preocupar com a defesa dos direitos de grupos minoritários, impondo barreiras à vontade dos grupos majoritários, a exemplo dos cristãos no Brasil.

No que diz respeito à hipótese do aborto, é possível que os católicos romanos rejeitem a decisão de torná-lo um direito, ainda que justifiquem sua defesa em razões públicas. Ainda assim, não precisam eles (católicos) exercer o direito ao aborto – e, simultaneamente, podem seguir argumentando contra esse direito. O que não é aceitável é que os católicos tentem impor à força sua doutrina abrangente que outros cidadãos (que seguem uma razão pública) não consideram como razoável e, desse modo, não preenchem o critério de reciprocidade.⁵⁴⁹

Extraí-se, a partir de tais conceitos, que é natural que católicos adentrem ao debate do aborto, uma vez que não se tem consensos sociais razoáveis quanto ao início da vida humana ou mesmo quanto à moralidade da prática. O modo como expressam sua doutrina abrangente, no entanto, nem sempre se traduz enquanto uma razão pública. Tratar da sacralidade da vida humana ou do aborto enquanto algo condenável na condição de pecado, por exemplo, não é aceito como razoável por todos os cidadãos.

De todo modo, quando a Corte se vê diante de argumentos dessa natureza, deve decidir a partir de razões públicas, seguindo o entendimento de John Rawls. Não é possível que elementos religiosos sejam invocados nos julgamentos quando não cumpram com o critério da reciprocidade. É fundamental que a separação entre argumentos públicos e privados possa ser observada em julgamentos dessa natureza.

Ainda que não tenha tomado a forma de uma discussão ampla sobre o aborto, o Supremo Tribunal Federal decidiu incidentalmente a respeito do tema. Os julgamentos abrem a possibilidade de um maior reconhecimento de direitos às mulheres, mas ainda temem versar diretamente sobre a questão e evitam o enfrentamento com os argumentos religiosos. As referências bíblicas e a outros elementos religiosos, como o sermão do Padre Antônio Vieira, se repetem ao longo dos votos dos ministros e denotam a dificuldade em se estabelecer uma

⁵⁴⁹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 221-223.

separação concreta entre os argumentos públicos jurídicos e as doutrinas de fé, pertencentes à esfera privada.

No entanto, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “cada tempo tem o seu direito. A Justiça não é uma ideia acabada, é um fazer que a sociedade constrói a cada tempo.”⁵⁵⁰ Aqueles que se mostram contrários à noção aqui defendida podem então dizer: “pois bem, o tempo que ora se vive está em perfeito acordo com o direito que se tem”. Respeitosamente, em relação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e à liberdade de escolha, e ainda mais em se considerando o avanço legislativo em outros países, inclusive naqueles que têm grande influência de ideologias cristãs, como é o caso brasileiro, entende-se que o ordenamento jurídico está deveras desatualizado e demanda mudanças. Não se pode admitir que mulheres sejam submetidas diariamente a procedimentos insalubres e inseguros sob o pretexto de que, uma vez que estão praticando uma conduta considerada delituosa, mereceriam a clandestinidade e suas consequências. A legislação atual não serve para proteger o feto, menos ainda a mulher.

⁵⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 39.

5. JUÍZOS FINAIS DE UMA CHAGA AINDA ABERTA

A criminalização do aborto sofre com o conservadorismo da sociedade e com elementos simbólicos, que punem a mulher que tem liberdade sexual, imputando unicamente a ela a responsabilidade por um ato partilhado, sob o pretexto de que ela deveria ter consciência para evitar uma gravidez indesejada, seja por meio de contraceptivos, seja através do celibato. A mulher que se vê grávida de modo indesejado é vista como uma pecadora, irresponsável, inconsequente, que não teria qualquer direito sobre seu próprio corpo pelo simples fato de ter consentido com a relação sexual – algo “condenável”, pois denota a liberdade da mulher no exercício de sua sexualidade. Se não houve consentimento, então há compaixão e a vítima é autorizada a abortar, pois é “inocente”: ela não quis a relação, não assumiu o risco da gravidez e, portanto, não merece ser punida. As demais mulheres, aquelas que se sentem na liberdade de exercer seus direitos sexuais, não têm a mesma liberdade para escolha em relação aos direitos reprodutivos. O aborto é crime por continuar sendo relacionado a um pecado (“não matarás”), ainda que a Bíblia não o trate dessa forma.

Assim, a sexualidade feminina permanece controlada. Sob a alegação de que os métodos de prevenção da gravidez são o suficiente para que ela não ocorra sem que a mulher deseje, setores conservadores culpabilizam a mulher que “comete o equívoco” de engravidar por acidente. Essa situação não é acidental: o cristianismo divide a mulher em estereótipos, sendo a mulher virgem a “santa” digna de adoração, enquanto a mulher “pecadora” é tratada com a correspondência à sua alcunha. A Bíblia faz referências ainda, em especial nas cartas de Paulo, à submissão feminina, à sua restrição ao aspecto doméstico e ao modo como a mulher foi criada, a partir da costela do homem, para serviço do homem. O cristianismo não concebe, a partir dos textos sagrados, a mulher como igual ao homem, ainda que Jesus tenha acolhido Maria Madalena e sua mãe como iguais em suas pregações. A religião reproduziu a noção de dominação e submissão, além do controle da sexualidade. A religião estabelece, igualmente, a maternidade como um destino. Desde Eva (que significa vida, pois será a mãe dos herdeiros de Adão) até Maria de Nazaré (a mãe de Jesus e de

todos os cristãos), a maternidade é vista como algo natural e inerente à condição feminina.

A filosofia assumiu, em alguns aspectos, a noção de mulher submissa e voltada ao privado, enquanto o homem desenvolveria o espaço público e criativo. É o que entende Kant, por exemplo. A mulher deveria apenas concentrar-se em ser bela e em cuidar da casa, este sim um espaço seu no qual o homem não deveria interferir. Ao homem estariam abertas as opções de estudo, da filosofia, das ciências, além das questões públicas. A mulher é bela, o homem é sublime. É uma visão que claramente vê a mulher como um ser inferior. Ainda na mesma perspectiva, a natureza fez com que a mulher fosse mãe e seria ruim ir contra a natureza. A maternidade, por ser biológica, é vista como algo necessário.

Entre o século XVIII e XIX, a construção de uma nova linguagem submerge a partir de teóricos como David Hume, Mary Wollstonecraft e John Stuart Mill. Para que se tenha uma sociedade, os sujeitos devem ser iguais. Se um dos sujeitos é submisso e inferiorizado, não se tem uma sociedade. Os homens se utilizam das diferenças biológicas e da superioridade física para estabelecer uma relação de dominação das mulheres em todas as esferas. As mulheres acabam degradadas, inferiorizadas e, muitas vezes, infantilizadas, e os homens entendem que podem decidir por elas – o que se percebe na questão do aborto, na medida em que os representantes (uma maioria masculina) decidem pelas mulheres que elas não têm o direito de escolher interromper a gestação por conta própria. O rompimento com essa ordem da lei do mais forte, em que a mulher é vista apenas como “chefe” do lar, mãe e esposa (com o casamento servindo para perpetuar a “servidão” feminina), começa a ser talhado, portanto, no século XVIII, passando a identificar-se como feminismo especialmente a partir do século XIX.

A luta contra o patriarcado enquanto uma relação em que o homem domina a mulher é central. O patriarcado deriva da posição de poder paterna, mas transcende essa realidade. Ele estabelece também o mito da maternidade enquanto um destino inafastável da mulher. O feminismo se ocupa da luta contra essa relação de dominação, submissão e exclusão feminina na sociedade. As mulheres não nascem livres e iguais aos homens: mulheres são controladas, restritas ao espaço doméstico, desencorajadas de situações de poder – até mesmo sobre os próprios corpos.

O feminismo passa a dar maior ênfase em direitos sexuais e reprodutivos a partir da década de 1960, mas desde o século XIX havia a reivindicação de liberdade sexual, do amor livre e da maternidade como opção, não como obrigação. Com a centralização da pauta enquanto um ponto comum, o movimento passou a pleitear mudanças nas legislações punitivas ao aborto, assim como o acesso a métodos contraceptivos. Na tentativa de romper com a opressão social e familiar, o feminismo apresenta-se enquanto um espaço de sororidade e empoderamento, em que as mulheres se reconhecem como iguais e oprimidas e se organizam em torno de suas pautas. A autonomia da mulher tomou dimensão política com o movimento feminista.

Os argumentos iniciais na luta pelo direito ao aborto estiveram relacionados às mortes de mulheres em procedimentos inseguros. A intenção era a alteração da legislação e a possibilidade de assistência médica, passando de uma pauta exclusivamente privada a uma questão de atenção pública e relacionada diretamente à liberdade individual. A Europa viu alterações em suas legislações, mas o Brasil continua estagnado, especialmente porque ainda sofre influência exacerbada de correntes religiosas que entendem a prática como um pecado e uma imoralidade.

Em razão disso, a defesa da moralidade do aborto é uma preocupação do movimento feminista. De início, afasta-se a ideia de que o feto seja uma pessoa e de que tenha um direito à vida, dando espaço à defesa do domínio da mulher sobre o próprio corpo e da possibilidade de escolha pela maternidade. A lei penal restritiva não impede a prática, apenas impõe uma ameaça. Ela serve para manter o aborto na clandestinidade, impondo um recorte de classe em que as ricas pagam e as pobres morrem. Poucas são punidas, mas o risco de morte na prática atinge apenas aquelas que não têm condições de pagar por procedimentos seguros. E a clandestinidade opera consequências perversas, pois dão caráter abjeto e angustiante à operação. Saber que está envolta à criminalidade causa desconforto psicológico – e o procedimento em si pode ser seguido por dor, doença e morte, que tomam a forma de um castigo, uma “penitência” pelo “pecado” praticado pela mulher de sexualidade livre. Um Estado que se pretende Democrático de Direito não pode conceber tamanhas disparidades, ainda que ignore as consequências da criminalização do aborto. Ricas e pobres não estão em posição de igualdade quanto à possibilidade de

escolher pelo aborto com liberdade e segurança, ainda que a ambas seja possível a prática de procedimentos clandestinos.

Moralmente, a ideia de que a mulher deve aceitar mudanças indesejadas em seu corpo a todo custo em razão de ter consentido com uma relação sexual. Ainda que os grupos “pró nascimento” se identifiquem como “pró vida”, eles não demonstram qualquer preocupação com a vida da mulher, em especial a que perde a vida por se submeter a um aborto clandestino. “Morreu porque era uma pecadora”, “morreu cometendo um crime”; morreu porque não aceitou a submissão imposta socialmente, que toma conta de seu corpo, uma vez que ela não sabe o que é melhor para si e é necessária uma legislação que estabeleça o que ela deve ou não fazer com seu corpo.

A punição ao aborto é a representação metafórica do controle da sexualidade feminina. Não há liberdade de escolha para a mulher. Ao mesmo tempo, não há qualquer equivalente aos homens, que tendem a ver a gestação como um “acidente biológico” a que as mulheres estão condenadas. A posição subalterna e submissa da mulher é especialmente evidente nesse contexto. O aborto é o “mal” que impede que novos seres, inocentes, venham à vida; a mulher é o ser maligno que “mata” uma “criança”.

As defesas conservadoras do nascimento alcançam níveis de contradição evidente: por um lado, compreendem a possibilidade de aborto em caso de estupro (dado que a mulher é inocente, pois não quis engravidar); por outro lado, impõem a maternidade ainda que causa grandes distúrbios à vida da gestante e à sua família. O feto é igualmente “inocente” em ambos os casos, mas apenas a doutrina oficial da Igreja Católica condena o aborto em caso de estupro. Em geral, os conservadores invocam a inocência do feto para contrapor à “falta de inocência” da mãe, que consentiu com uma relação sexual, mas não ao direito de interromper a gestação quando a mãe foi estuprada.

Ainda, a mulher que não quer ser mãe (seja evitando a gravidez ou optando pela interrupção de uma gestação já iniciada) é vista como uma “aberração”, pois seu destino natural seria a maternidade. Fugir disso é contrariar a biologia (e mesmo contrariar a Deus, que deu o dom da maternidade), dando ensejo a uma punição simbólica à mulher por sua negação.

Os “direitos do embrião” são também confrontados aos direitos da mulher. A vida da mulher não é uma preocupação dos conservadores. O embrião é visto

como um ser metafísico, espiritualizado, superiorizado. Sua vida deve ser protegida a qualquer custo. Essa “nova vida humana” é vista como uma criação divina, santificada, milagrosa. Seria uma violação ao “desejo divino”.

Há defesas sob o ponto de vista laico, partindo do princípio de que o feto é uma pessoa constitucional, ainda que nada esteja expresso na Constituição acerca do que o Estado considera como início da vida humana. A inviolabilidade da vida humana é invocada para contrapor ao direito da mulher ao próprio corpo. Como seria vida versus escolha (autonomia), os conservadores fazem uma clara opção pela primeira e julgam imoral qualquer resposta diversa. O direito de nascer se sobreporia ao direito da mulher, ainda que seu corpo cumpra um papel essencial para que o feto possa exercer seu direito. No entanto, para os que partilham dessa linha de pensamento, o útero não passa de um acessório ao desenvolvimento embrionário. A corrente ignora que sem o útero pode ser possível a concepção (laboratorial), contudo é impossível o desenvolvimento do feto. O corpo da mulher é insubstituível, mas ele é dominado pela impossibilidade de escolha. Não é possível que um embrião se desenvolva e atinja o nascimento sem o útero feminino; este cumpre papel indispensável na reprodução humana e é um equívoco vê-lo como um “mero” *locus* ou um meio. Ainda que a ciência tenha apresentado inúmeros avanços, não se encontrou (ao menos ainda) um meio de se realizar o desenvolvimento de um novo ser humano sem o útero materno.

A descriminalização do aborto, no contexto da democracia, é indispensável para que as mulheres possam assumir o papel de agentes morais livres. Não é possível assegurar igualdade sem que um dos sujeitos tenha possibilidade de escolher se o seu corpo será ou não utilizado por outro sujeito. Sem consentimento, o que se tem é uma violência física e simbólica. Ainda que tenha havido consentimento na prática sexual, punir a mulher por “assumir o risco” da gravidez (decorrente de negligência ou de falhas em métodos contraceptivos) é ofensivo à sua dignidade e à sua liberdade sexual. A mulher obrigada a ter um filho por conta de uma legislação restritiva não é livre.

Sendo o Brasil um Estado laico, presume-se que haveria uma separação evidente entre temas laicos e sagrados, mas desde a Assembleia Nacional Constituinte os elementos religiosos estão presentes. Da Bíblia colocada à mesa de trabalhos ao preâmbulo constitucional invocando a proteção do Deus das

religiões monoteístas, não se tem uma separação completa, uma vez que os argumentos religiosos a todo tempo invadem o debate público. Não é surpreendente que demandas feministas pelo direito ao aborto tenham sido rechaçadas na Constituinte e que o silêncio sobre o início da vida humana tenha sido tomado como um sucesso, uma vez que impediu que se estabelecesse a concepção como momento inicial e se inviabilizasse alterações legislativas posteriores.

O Estado laico é uma condição ao pleno exercício dos direitos fundamentais, uma vez que a adoção de dogmas religiosos incontestáveis e a imposição de uma moral única inviabiliza que a sociedade seja de fato plural, justa e igualitária. Não é aceitável ou razoável que um Estado democrático tenha sua ordem jurídica traduzida pela religião, ainda que seja ela majoritária socialmente. A democracia pressupõe a defesa das minorias, que não podem ter impostas a si crenças sobrenaturais e ortodoxias religiosas derivadas de uma fé da qual não compartilham.

Os movimentos feministas no Brasil tiveram mais espaço para a reivindicação de direitos sexuais e reprodutivos a partir da redemocratização do país, na década de 1980. Alguns grupos participam ativamente de discussões sobre o tema, a respeito de Clandestinas e Católicas pelo Direito de Decidir. Estas têm grande relevância ao debate não apenas pelo fato de contrariarem uma posição da Igreja, mas por demonstrarem que a contrariedade ao aborto manifesta pela instituição não é, de fato, um dogma. Ainda, tecem um argumento pautado no recurso à própria consciência, característico do cristianismo, sob o qual a mulher pode, de modo consciente, informado e após realizar suas orações, decidir segundo o que entende melhor para a sua vida.

No que diz respeito às alterações legislativas, o avanço se deu na instituição de programas de aborto legal. Não houve avanço na descriminalização, ainda que diversos projetos tenham sido propostos. Há até mesmo a possibilidade de retrocesso, com projetos como o Estatuto do Nascituro (que pretende determinar o início da vida humana na concepção e a defesa da vida do feto a partir desse momento) e o projeto que almeja tipificar como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto. Médicos que informem as mulheres vítimas de estupro sobre a possibilidade de aborto podem ser punidos por isso, caso

seja aprovado o projeto. A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados considerou constitucional o projeto, em clara afronta à legislação, aos pleitos feministas e mesmo à própria Constituição, pois não é digno que a mulher não possa nem mesmo ser informada de seus direitos.

Há projetos em tramitação pela descriminalização, assim como o Senado vem se debruçando sobre o tema, com a realização de audiências públicas e a presença de cientistas, profissionais da área médica, juristas, grupos da sociedade civil e, como de costume, grupos religiosos, que se manifestam pela proteção do direito ao nascimento sob o véu do direito à vida, ainda que não estejam preocupados com a vida da mulher. Entre os demais, há representantes de ambas as correntes, com argumentos laicos, religiosos e filosóficos. Não há qualquer forma de consenso sobre o tema.

A laicidade impõe que qualquer proteção atribuída ao nascituro seja simplesmente jurídica, não religiosa ou metafísica. A ordem jurídica brasileira pode proteger o nascituro, como o faz no art. 2º do Código Civil, mas não dá a ele a mesma proteção de uma pessoa já nascida, pois ele é potência. São direitos especialmente de ordem sucessória. Não há entraves no ordenamento brasileiro que impeçam uma eventual descriminalização.

Ademais, o Brasil é signatário sem reservas de tratados internacionais de direitos humanos voltados à saúde da mulher que preveem até mesmo a revisão de legislações punitivas em países que ainda não autorizaram a prática abortiva. As Conferências Internacionais sobre População e Desenvolvimento (Cairo) e sobre Mulher (Beijing) deram espaço ao reconhecimento do aborto como um grave problema de saúde pública, com a recomendação de revisão das legislações nacionais. A Conferência do Cairo, especificamente, determinou que o exercício da maternidade é uma escolha decorrente de um direito individual e uma responsabilidade social atribuídos à mulher. O Brasil não cumpriu com a determinação, ainda que tenha se comprometido.

Na análise do direito ao aborto, é notável a decisão estadunidense em *Roe v. Wade*, de 1973. Questionando a legislação do estado do Texas, a ação teve no polo ativo “Jane Roe” (Norma McCorvey) e no polo passivo o representante do estado, Henry Wade. Por sete votos a dois, a Corte invocou o devido processo, notadamente no que diz respeito ao direito à intimidade, para determinar que o direito a abortar faz parte da vida privada da mulher e da

igualdade, e não deve sofrer interferências indevidas da lei. É dada à mulher a liberdade de tomar decisões por si mesma, a partir de convicções pessoais e de informações sobre as consequências, ao invés de impor a ela uma decisão coletiva tomada pela sociedade. A mulher, com isso, tem controle não apenas de sua sexualidade, mas também das mudanças por que seu corpo passa.

Em decisão posterior (*Maher v. Roe*), no entanto, a Corte estabeleceu que os estados podem recusar auxílios financeiros a abortos terapêuticos, ainda que financiem partos. Uma terceira decisão (*Harris v. MacRae*) determinou que os estados não estariam obrigados a realizar abortos gratuitamente na rede pública de saúde ou a arcar com os custos dos procedimentos.

Essas questões são essenciais à discussão. Não bastaria ao Brasil, por exemplo, excluir a ilicitude do aborto com uma mudança na legislação penal e manter a disparidade entre mulheres ricas e pobres, a que se referiu anteriormente. É necessário dar condições iguais às mulheres e isso não é possível quando algumas têm possibilidade de custear procedimentos de altos valores enquanto outras recorrem a abortos sem qualquer segurança. É fundamental que a rede pública de saúde esteja preparada para desempenhar o procedimento de forma gratuita, segura, sanitária e legal. Sem isso, o que se tem é a manutenção de um sistema desigual, ainda que não mais clandestino, em que ricas pagam e pobres morrem por procedimentos menos caros e, conseqüentemente, mais inseguros e insalubres. A mudança na realidade só é possível com uma mudança estrutural que permita o mesmo tratamento a todas as mulheres.

Assim como nos Estados Unidos, a Corte brasileira também foi chamada a deliberar em questões correlatas ao aborto, ainda que não tenha tratado diretamente dele. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 tratou acerca da possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e terapias, prevista na Lei n. 11.105/05 (Lei de Biossegurança). Para que possam ser utilizados, os embriões devem estar congelados há três anos na data de publicação da lei, devem ser extranumerários em processo de fecundação laboratorial e, ainda, deve haver autorização dos “donos” ou “pais”.

A decisão majoritária (não unânime) do Supremo Tribunal Federal foi pela constitucionalidade da lei, permitindo que esse tipo de célula-tronco seja utilizado pela ciência. No entanto, ensejou discussão acerca do início da vida humana, da

tutela atribuída ao embrião, ainda que não esteja inserido no corpo da mãe, e mesmo do papel que o corpo da mulher tem no desenvolvimento do embrião em feto e em bebê, como se aduziu anteriormente.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que versou acerca da possibilidade de antecipação terapêutica do parto dos fetos com anencefalia, o entendimento do Tribunal também foi liberal, autorizando a escolha da gestante por maioria de votos. Contrapôs-se na questão a vida do feto, ainda que efêmera externamente ao útero, à dignidade da mulher e à sua saúde física e mental, uma vez que ela carrega uma criança (feto) que sabe que não verá crescer. A preocupação do Supremo foi de demonstrar que mesmo a vida humana é um direito que pode ser flexibilizado em favor de outros direitos – no caso, a saúde e a dignidade da mulher.

No que diz respeito ao aborto, as referidas decisões demonstram que o Supremo Tribunal Federal não é contrário à interrupção de uma gestação ou à utilização de um embrião para determinado fim. Não houve uma defesa do direito ao nascimento, ou “à vida”, como sustentam os grupos religiosos, ainda que vários deles tenham participado das audiências públicas que informaram os casos. A Corte voltou-se aos direitos da mulher, em especial à dignidade, notadamente na mencionada Arguição. A saúde física e mental da mulher ganhou maior atenção.

Considerando-se a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, dada a curta vida extrauterina do feto (em razão da anencefalia) contraposta ao direito à dignidade e à saúde da mãe, prevalece este. Há um elemento cronológico, assim como um elemento de investimento na vida humana. Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, o embrião não sofre de anomalias e, se implantado em um útero, potencialmente viria a se desenvolver e nascer, possivelmente sem anomalias (algo que, inclusive, poderia ser detectado). Não há nada que impeça a vida extrauterina desse ser além do fato de não estar plenamente desenvolvido por não ter sido colocado em um útero.

Logo, a Corte brasileira não parece considerar que a vida humana tenha início com a concepção, não considera a vida humana como um direito absoluto e dá valor a direitos de escolha da mulher, à sua dignidade e saúde, tanto física quanto mental. O reconhecimento do direito ao aborto é o próximo passo na

escala de reconhecimento da autonomia da mulher e do pleno controle de seu próprio corpo.

A descriminalização do aborto poderia ser realizada por duas vias. A via (mais) legítima para a decisão é a via legislativa, uma vez que os representantes eleitos estão aptos a tomar esse tipo de decisão em nome de seus representados a partir da outorga do mandato representativo. Considerando a composição conservadora das Casas Legislativas, possivelmente uma alteração legislativa desse nível leve ainda algum tempo e desencadeie reações fervorosas da “Bancada Evangélica” e de seus apoiadores, além de reações sociais de cristãos, tanto católicos como evangélicos. Não há hoje no país um consenso razoável sobre o tema que implique em uma decisão razoavelmente aceita por todos. O fato de milhares de mulheres morrerem anualmente em razão de abortos clandestinos não parece abalar os conservadores, que entendem simplesmente que a punição é merecida a alguém que tira a vida de um “ser inocente”. Esse tipo de argumento, que falha com os critérios das razões públicas, é constante no debate político acerca do aborto. Tratar como sagrada a vida do feto e como “culpada” a mulher não atende minimamente ao critério de reciprocidade (tratado anteriormente); não se pode esperar que a coletividade interprete um argumento dessa natureza como razoável.

Outra possível via para a descriminalização seria uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a legislação atacada seria o Código Penal (de 1940), anterior à Constituição. Possivelmente mais inclinada à garantia do direito da mulher ao próprio corpo, a Corte exerceria uma espécie de controle de constitucionalidade, mas poderia sofrer a crítica de que foge ao seu papel fundamental. Realizaria, de todo modo, a função contramajoritária, examinando a ampliação de direitos de um grupo minoritário e oprimido. É verdade que, seja na ação relacionada aos fetos anencéfalos, seja em outros casos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como o da união homoafetiva, o Supremo toma decisões em lugar dos julgadores, o que pode desencadear um problema de legitimidade, pois não é uma função do Poder Judiciário.

Assim, ainda que se tenha duas vias de possibilidade, uma mais legítima, outra aparentemente mais aberta à possibilidade de reconhecimento de um direito da mulher a escolher sobre seu próprio corpo, definitivamente não se pode

optar por uma via em razão dos possíveis resultados. Ao mesmo tempo, a composição conservadora do Congresso Nacional pode inviabilizar avanços em matéria de direitos sexuais e reprodutivos, a depender do momento escolhido para prosseguir com o projeto de lei.

Independente das considerações práticas acerca da forma de dar ensejo ao direito, é necessário que se reconheça que a legislação brasileira é conservadora e atrasada, produto da década de 1940 e editada em um contexto ditatorial; que não cumpre com seu papel preventivo, característico da lei penal, mas serve a um papel simbólico de punição da mulher por uma gravidez indesejada. Ainda, a proibição à prática do aborto força, segundo estimativas, um milhão de mulheres a recorrerem anualmente a práticas clandestinas, muitas vezes sem condições sanitárias e colocando em risco a própria vida. Não há como se defender um “direito à vida” se esse direito significa a perda de outra vida que busca se libertar dessa opressão a ela imposta. A mulher que reflete sobre a possibilidade do aborto hoje se vê entre a cruz e a espada, entre a maternidade imposta e uma possível (e improvável) punição por uma prática criminosa. E, definitivamente, está diante da clandestinidade e da insegurança.

É imperativo reconhecer que a lei penal, no que diz respeito ao aborto, falhou com seus objetivos. A mudança nas restrições ao aborto é uma necessidade social, independentemente de qual seja a crença religiosa preponderante. Uma eventual descriminalização não implicaria na obrigatoriedade da prática, ou em sua imposição a pessoas que não a desejam praticar. Ao contrário, o que se defende é que a mulher tenha condições de decidir por si, enquanto ser humano racional, livre e igual, participante de uma sociedade justa, livre, igualitária e democrática. Quaisquer restrições aos direitos sexuais e reprodutivos servem a perpetrar desigualdades e manter o desequilíbrio entre homens e mulheres – e também entre mulheres ricas e pobres. Não se pode impor à mulher o uso de seu corpo para uma finalidade, pois a mulher é um fim em si mesma e tem capacidade de escolher e determinar o que se passa com seu próprio corpo. A defesa da vida passa pela defesa da vida das mulheres e, com a legalização do aborto e sua realização através do Sistema Único de Saúde, com segurança médica e gratuidade, seria possível garantir que nenhuma mulher morresse em razão de sua escolha no Brasil.

Apenas assim a maternidade seria um direito, não uma imposição, e a mulher teria plena liberdade e autonomia sobre seu corpo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Sonia E.. Em que Estado está o feminismo latino-americano. Uma leitura crítica das políticas públicas com 'perspectiva de gênero'. In: FARIA, Nalu (Org.); Silveira, Maria Lucia (Org.); e NOBRE, Miriam (org.). *Gênero nas Políticas Públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista*. São Paulo: SOF, 2000. p. 9-25.

APFELBAUM, Erika. Dominação. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 76-80.

ARAGÃO, Luiz Tarlei de. Em nome da mãe: posição estrutural e disposições sociais que envolvem a categoria mãe na civilização mediterrânea e na sociedade brasileira. In: DURHAM, Eunice; TAYLOR, Julie; ABREU FILHO, Ovídio de; ARAGÃO, Luiz Tarlei de. *Perspectivas Antropológicas da Mulher* 3. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 109-142.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*. ano 36, n. 143 jul./set. Brasília: 1999, p. 5-14.

ÁVILA, Maria Betania de Melo. Reflexões sobre Laicidade. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 17-19.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de; TERRA, Felipe Mendonça; FIGUEIREDO, Filipe Seixo de; MATTA, Paulo Vitor Torres da. As Relações entre Religião e Estado. Notas sobre as experiências norte-americana e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 19, jun./dez., 2011. p. 1-37.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100-101.

_____. A discussão da anencefalia no Supremo Tribunal Federal: Antecedentes, estratégia jurídica e expectativa. In: BARROSO, Luís Roberto e

outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 11-18.

_____. Anencefalia e um novo STF. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 19-23.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 446-448.

_____. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *Panóptica*, ano 1, n. 7, mar.-abr. 2007. p. 1-37.

_____. STF e anencefalia: nada foi decidido. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 25-29.

BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo. I. Fatos e Mitos*. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

_____. *O Segundo Sexo. II. A experiência vivida*. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

BORGES, Clara Maria Roman. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *O Machismo no Banco Dos Réus: uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 217-247.

BORGES, Maria de Lourdes. O corpo: o lugar contraditório do feminino. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 177-192.

BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 11.03.1987.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello.

CANDOTTI, Ennio. Na Terra como no céu. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 57-62.

CHAUÍ, Marilena. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 23-62.

COLLIN, Françoise. Diferença dos sexos (teorias da). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 59-66.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE MULHERES BRASILEIRAS. *Plataforma Política Feminista*. Aprovada na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras. Brasília, 2002. p. 4.

CORRÊA, Sonia. Interrogando a laicidade. In: JURKEWICZ, Regina Soares. (Org.). *Quem controla as mulheres? Direitos reprodutivos e fundamentalismos religiosos na América Latina*. Tradução de Beatriz Cannabrava e Lula Ramires. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2011. p. 39-46.

CORRÊA-PINTO, Maria Conceição. *A Dimensão Política da Mulher*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992.

CORRIERE DELLA SERA. Bobbio. *La laicità: l'omaggio dei cattolici*. Milão: RCS. jan., 2004. Disponível em: <<http://centrotobagi.altervista.org/avvenire5.html>>. Acesso em 16.11.2015.

DEL RE, Alisa. Aborto e contracepção. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 21-25.

DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 173-178.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em 16.11.2015

DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven. Onde foram parar todos os criminosos? Onde separamos os fatos da ficção, no caso da criminalidade. In: DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. As revelações de um economista original e politicamente incorreto. Tradução de Regina Lyra. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 119-147.

DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Tradução de Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 67 e p. 127).

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ELY, John Hart. *The Wages of Crying Wolf: a comment on Roe v. Wade*. The Yale Law Journal, vol. 82, n. 5 (April, 1973), 920-949. Disponível em: <http://walldorf.typepad.com/politics_economics_and_ot/files/wages_wolf.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

EMMERICK, Rulian. *Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ENTREVISTA: IVONE GEBARA. *Aborto não é pecado*. A freira católica afirma que a proibição do aborto é uma hipocrisia da Igreja que só prejudica as mulheres pobres. Kaíke Nanne e Mônica Bergamo. Revista Veja, 06.10.1993. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervo/home.aspx>>. Acesso em 16.11.2015.

ENTREVISTA: Maria Berenice Dias. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 107-110.

ESTADÃO. 15 de outubro de 2010. Em carta, Dilma assina compromisso contra o aborto. Por Carol Pires. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-carta-dilma-assina-compromisso-contr-o-aborto,625257>>. Acesso em 16.11.2015.

FEGHALLI, Jandira. Aborto no Brasil: obstáculos para o avanço da legislação. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 213-226.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 144-149.

FREI BETTO. *Querido Papa*. Folha de S. Paulo, 05.10.1997.

FREITAS, Lucas Bueno de; CASAGRANDE, Lindamir Salete. *As Mulheres e a Bíblia: de uma relação passível a uma relação possível*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. p. 2. Disponível em: <<http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/>>

20/1373309326_ARQUIVO_as_mulheres_e_a_biblia_lucas.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

GERSTE, Margrit. Aborto: uma ação contra o espírito da época. Revogar o parágrafo 218, ressurgue uma velha discussão. (artigo do jornal Die Zeit, 10 de outubro de 1986). In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 155-160.

GUIMARÃES, Livia. Hume e o feminismo. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 107-127.

GUZMÁN, Virginia. A equidade de gênero como tema de debate e de políticas públicas. Tradução de Gustavo Codas. In: FARIA, Nalu (Org.); Silveira, Maria Lucia (Org.); e NOBRE, Miriam (org.). *Gênero nas Políticas Públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista*. São Paulo: SOF, 2000. p. 63-86.

HEINEN, Jacqueline. Políticas sociais e familiares. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 188-193.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

HUNT, Mary E. O Fundamentalismo Católico e as Teologias Pró-Sexo. In: JURKEWICZ, Regina Soares. (Org.). *Quem controla as mulheres? Direitos reprodutivos e fundamentalismos religiosos na América Latina*. Tradução de Beatriz Cannabrava e Lula Ramires. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2011. p. 55-70

Juramento de Hipócrates. Conteúdo completo disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>>. Acesso em 16.11.2015.

KANT, Immanuel. *Observações sobre o sentimento do belo e do sublime. Seguido de Ensaio sobre as Doenças da Cabeça*. Tradução de Pedro Panarra. Lisboa: Edições 70, 2015.

KYRIAKOS, Norma; FIORINI, Eliana. A dimensão legal do aborto no Brasil. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 131-146.

LAMOREUX, Diane. Público/privado. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 208-213.

LHOMOND, Brigitte. Sexualidade. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 231-235.

LOREA, Roberto Arriada. Aborto e Direito no Brasil. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 169-180.

MACKINNON, Catharine A. Reflections on Sex Equality under Law. *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue. mar., 1991. p. 1281. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/796693>. Acesso em 16.11.2015.

MARIANO, Ricardo. Religião e Política no Brasil: ocupação evangélica da esfera pública e laicidade. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Ricardo (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 343-357.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Supremo e o homicídio uterino. In: BARROSO, Luís Roberto e outros. *Anencefalia nos Tribunais*. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 31-35.

MATHIEU, Nicole-Claude. Sexo e gênero. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 222-231.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 77-78.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *ConJur*. Publicação em 03.01.2013 (Retrospectiva 2012). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em 16.11.2015.

MICHELMAN, Frank I. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER, LARRY. *Constitutionalism*. Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 64-65 e p. 85.

MILL, John Stuart. *The Subjection of Women*. Kindle Edition. London, 1869.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher*. Março, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOLINIER, Pascale; WELZER-LANG, Daniel. Feminilidade, masculinidade, virilidade. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 101-106.

MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto*: sacralidade da vida e novo papel da mulher. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

NORBIM, Luciano Dalvi. *O Direito do Nascituro à Personalidade Civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

O ESTADO DE S.PAULO, 14 de julho de 2010. *Curetagem após aborto é a cirurgia mais realizada no SUS, revela estudo*. Por Karina Toledo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,curetagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo-imp-,580854>>. Acesso em 16.11.2015.

O GLOBO, 19 de setembro de 2014. *Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil mulheres a cada ano*. Interrupção da gravidez é quinta maior causa de morte materna. Por Carolina Oliveira Castro, Dandara Tinoco e Vera Araújo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em 16.11.2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Dois Ensaios sobre o Liberalismo Político de Rawls: construtivismo político e razão pública. In: ALVES, Adamo Dias. *Constitucionalismo e teoria do estado: ensaios de história e teoria política*. Adamo Dias Alves, Marcelo Andrade Cottoni de Oliveira e David Francisco Lopes Gomes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 111-122.

OLIVEIRA, Maria; VIEIRA, Joice Melo; MARCONDES, Glaucia dos Santos. Cinquenta anos de relações de gênero e geração no Brasil: mudanças e permanências. In: ARRETCHE, Marta. (Org.). *Trajetórias das Desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos*. São Paulo: Editora UNESP / CEM, 2015. p. 309-333.

PAIXÃO, Ivan. Aborto: aspectos da legislação brasileira. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 197-212.

PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUÍ, Marilena; PAOLI, Maria Celia. (Org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 63-99.

PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEREIRA, Irotilde G. Apresentação do Programa de Aborto Legal nos Hospitais Públicos. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 9-14.

PERROT, Michelle. História (sexuação da). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 111-116.

PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts: law or politics?* Oxford: Oxford University Press, 1994.

PIERUCCI, Antonio Flavio. Estado Laico, Fundamentalismo e a busca da verdade. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 5-7.

PIMENTEL, Silvia. A Articulação Latino-Americana em defesa dos Direitos Humanos. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 25-29.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e Religião: A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. 2008. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Nacional de Brasília, Brasília. 2008.

PIOVESAN, Flávia. PIMENTEL, Silvia. Aborto, Estado de Direito e religião. *Folha de S. Paulo*, 06 de outubro de 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Estado Democrático de Direito e as Liberdades Individuais: a legalização do aborto à luz do princípio da autodeterminação. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 58, 2013, p. 125-145.

RANDS, Maurício. Valores Democráticos e Mudança. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 10-12.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê Aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê*. – Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE E DIREITOS REPRODUTIVOS – RedeSaúde. *Dossiê Aborto Inseguro. Direito de decidir sobre o aborto: uma questão de cidadania e democracia*. Disponível em: <http://www.observatorio degenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e-publicacoes/dossie-aborto-inseguro/at_download/file+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 16.11.2015;

RIBEIRO, Jullyane Carvalho. *Sobre o Estatuto do Nascituro: a reprodução como alvo de disputa*. Texto apresentado no Seminário de Sociologia: “Religião e Legalidade”, realizado no dia 6 de novembro de 2013, no Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Disponível em: <http://ceam.unb.br/nepem/2.0/wp-content/uploads/2013/07/Sobre-o-Estatuto-do-Nascituro_-Jullyane-Ribeiro-NEPeM.pdf>. Acesso em 16.11.2015.

RIOT-SARCEY, Michèle. Poder(es). In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 183-188.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese*. Revista brasileira de Estudos de População. São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Questão do Aborto no Brasil: o debate no Congresso. *Revista Estudos Feministas*. n. 2/96, a. 4, 2. s., 1996. p. 381-398.

ROSADO, Maria José. O impacto do feminismo sobre o estudo das religiões. *Cad. Pagu* [online]. 2001, n. 16. p. 79-96.

ROSADO-NUNES, Maria José F. Religiões. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 213-217, _____ . Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 23-39.

ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares. Aborto: um tema em discussão na Igreja Católica. O surgimento de “Católicas pelo Direito de Decidir”. In: PEREIRA, Irotilde G.; ROSADO-NUNES, Maria José; JURKEWICZ, Regina Soares; e outros. *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. p. 17-70.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular/Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ – VATICANO. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html>. Acesso em 16.11.2015.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 179-180.

SANTOS, Magda Guadalupe dos. O feminismo na história: suas ondas e desafios epistemológicos. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 129-162.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16.11.2015. p. 12-14.

SCHERER, Berta Rieg. Sobre o caráter sexual da mulher e do homem em Kant. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 23-47.

SCHWARZ, Aneli. Ética Luterana e Laicidade. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 8-9.

SCHWARZER, Alice. As feministas são piratas. In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 136-145.

SCHWARZFISCHER, Eva. As Origens do Movimento Feminista. In: SOLIZ, Neusa. (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução

de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988. p. 107-135.

SILVA, José Afonso da. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Declaração de Inconstitucionalidade da incidência sobre a hipótese de antecipação terapêutica do parto de feto comprovadamente anencefálico. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Soluções Práticas de Direito: Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Maria Lúcia. A luta pelo direito ao aborto: um caso emblemático. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 20-24.

SOUZA, Marcius F. B. de. *A Participação das Mulheres na elaboração da Constituição de 1988*. In: Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização (Vol. 1). Brasília: Senado Federal, Instituto legislativo brasileiro, 2008. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume_-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988/view>. Acesso em 16.11.2015.

SOW, Marilene Mendes. *A Participação Feminina na Construção de um Parlamento Democrático*. E-legis, n. 05, p. 79-94, 2. semestre, 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião Humano: sua personalidade e a embrioterapia. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 46, 2007, p. 151-179.

THOMSON, Judith Jarvis. *A Defense of Abortion*. Philosophy & Public Affairs, vol. 1, no. 1 (Fall 1971).

TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014. p. 163-176.

UOL. 18 de agosto de 2010. *Dilma diz que nenhuma mulher é a favor do aborto e que prática é "ato desesperado"*. Disponível em: <<http://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/08/18/dilma-diz-que->

mulher-faz-aborto-por-desespero-e-nao-por-ser-favoravel-a-ele.jhtm>. Acesso em 16.11.2015.

VARIKAS, Eleni. Igualdade. In: HIRATA, Helena; e outras. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 116-122.

VENTURA, Mirian. Pontos de contato constitucionais entre Estado e Instituições Religiosas. In: BATISTA, Carla; MAIA, Mônica (Org.). *Estado Laico e Liberdades Democráticas*. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, abr. 2006. (versão online/pdf). p. 13-16.

WEST, Robin. From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights. 118 Yale L.J. 1394 (2009). *Yale Law Press*, vol. 118, n. 7, may 2007, p. 1394-1432. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/from-choice-to-reproductive-justice-de-constitutionalizing-abortion-rights>>. Acesso em 16.11.2015.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Vindication of the Rights of Woman*. Kindle Edition. 1792.